

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ÉTAT ET LE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 4^{er} Juin 1911, à 3 heures,

PAR

MILAN GAVRILOVITCH

Président : M. PILLET, professeur.

*Suffragants : { MM. CAPITANT, professeur.
JÈZE, agrégé.*

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1911

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ÉTAT ET LE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 1^{er} Juin 1911, à 3 heures,

PAR

MILAN GAVRILOVITCH

Président : M. PILLET, professeur.

*Suffragants : { MM. CAPITANT, professeur.
JÈZE, agrégé.*



PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'ETAT ET LE DROIT

INTRODUCTION

La méthode juridique de l'école allemande. Sa critique. — Sa signification pour la conception moderne de l'Etat.

I

Lorsqu'en 1865 parut en première édition le petit livre de C. F. v. Gerber, intitulé *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, on ne se doutait guère que les idées y émises serviraient de point de départ à l'école moderne allemande qui emporta à l'assaut — telle est l'opinion générale d'outre-Rhin — la victoire sur les nombreuses théories de l'Etat jusqu'alors en faveur chez les publicistes allemands et étrangers. Le but que se proposait Gerber c'était de préciser les principes généraux d'un système de droit public allemand, comme le prouve, du reste, le titre même de son ouvrage, resté désormais célèbre pour la nouvelle orientation de la science juridique. Mais tout en traitant du droit public allemand, tout en s'efforçant de donner à celui-ci une base purement

juridique, il jeta, par là même, les bases de cette nouvelle école que l'on désigne sous les noms peu scientifiques d'école moderne, d'école allemande et quelquefois aussi d'école juridique, en raison de la méthode juridique dont elle se sert.

Quelle est cette nouvelle école ? Quelle est cette nouvelle orientation de notre science ? Quelle est enfin cette méthode qui se réclame si fièrement du nom de juridique ?

Tout d'abord, disons de suite, qu'à cette école appartient une multitude de publicistes allemands, auteurs des théories d'un doctrinarisme bien allemand ; de ce doctrinarisme outrepassé dont Gierke reprochait l'excès à ses compatriotes trop enclins à se laisser séduire par des résultats à première vue merveilleux de la méthode recommandée par Gerber (1). Nous ne sommes point d'accord avec Gierke quant au fond de sa critique sur Laband, un véritable réquisitoire du reste, mais il avait raison sur bien des points concernant les abus qu'entraînait la nouvelle méthode. En effet, parmi les théories qui l'emploient, il y en a qui se contredisent en s'excluant les unes les autres ; pourtant, toutes ces théories sont à base *purement*

(1) V. Gierke, *Laband's Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, dans *Jahrbuch für Gesetzgebung*, etc. (de Schmoller), 1883, t. VII, p. 1097 et s.

juridique. Il y en a des plus savantes, telle celle du célèbre professeur strasbourgeois Laband et celle du non moins célèbre professeur à Heidelberg Georg Jellinek, jusqu'aux plus bizarres, telle que la théorie de l'énumération du professeur Adolf Arndt. La diversité de ces théories, le peu de concordance sur les questions les plus importantes qui intéressent notre science, a jeté quelque discrédit sur toute l'école en faisant reprocher à ses adeptes de manquer quelquefois même de bon sens et on allait jusqu'à dire que toutes leurs affirmations n'étaient que vaine logomachie, purs jeux d'esprit. « Ceux qui les improvisent, dit E. Thaller en résumant ces critiques, seraient des songe-creux, des assembleurs de nuées, des idéologues qui donnent une vie purement artificielle à des fantaisies de l'esprit, serrant dans leur bras des fantômes qui s'évanouissent sitôt qu'un homme de bon sens vient jeter une douche froide, la douche des vérités, positives, sur leur emballement mystique » (1). Jusqu'à un certain point, il faut rendre justice à toutes ces critiques — qui toutefois n'ont pu endiguer le nouveau courant scientifique — et dire qu'en effet on a parfois vraiment l'impression d'assister à un simple jeu de

(1) E. Thaller, *La méthode en droit commercial* (*Méthodes juridiques*, p. 144-145).

puzzle, chaque auteur s'efforçant de donner un nouveau tableau avec les mêmes dés. Un vaste jeu intellectuel des concepts logiques, dirait-on, rien de plus. Pourtant il ne faut aller trop vite, surtout ne pas aller trop loin en accusation contre la nouvelle méthode. Parce que Arndt est arrivé, en se servant de cette méthode, à l'étrange théorie de l'énumération, faut-il pour cela rejeter aussi facilement et sans la prendre au sérieux celle de Jellinek ? Faut-il n'y voir que des « formules vides de sens » (1). Il ne faut pas oublier que la théorie de l'autolimitation a eu autant d'ennemis et peut-être plus encore que celle de l'énumération. Toutes les deux étaient considérées comme absurdes, obtenues au moyen de détours et de sophismes, échafaudées sur des hypothèses non fondées et grosses de contradictions. Pourtant, la première tombe dans l'oubli, tandis que la seconde fait montre d'une vitalité tenace. Il y aurait peut-être quelques raisons pour celà ? N'y a-t-il pas lieu de conclure avec M. Jèze lui-même en faveur, sinon de ces théories, du moins d'une étude approfondie de leurs affirmations. « En Allemagne, dit M. Jèze, le travail de synthèse des faits sociaux fait, depuis longtemps, l'objet de recherches patientes et mi-

(1) V. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1904, p. 14.

nutieuses. Les légistes d'outre-Rhin ont mis au jour des théories plus ou moins acceptables, mais fort intéressantes, en tout cas indispensables à connaître, car elles sont éminemment suggestives » (1). Si elles sont suggestives, c'est qu'elles se basent sur des arguments impossibles à réfuter en quelques mots.

Toutes ces théories, dont abonde la littérature de droit allemande et dont l'influence commence à se sentir en France et ailleurs, appartiennent à une même école, parce qu'elles procèdent toutes de la même manière en employant la même méthode. Celle-ci est le trait d'union qui les rattache les unes aux autres malgré toute la divergence de leurs résultats définitifs. Cette méthode, entrevue déjà par W.-E. Albrecht, a été définitivement inaugurée par Gerber, comme nous avons déjà vu.

Or, en quoi consiste-t-elle ? Quel est l'avantage qui en résulte pour notre science, si avantage il y a ?

L'auteur qui s'en était servi le plus brillamment est sans doute Laband, mais celui qui l'avait le mieux formulée, en lui consacrant quelques explications plus détaillées, est incontestablement

(1) *Loc. cit.*, p. 5-6.

Jellinek. Dans son dernier ouvrage, dernier et principal, intitulé *Allgemeine Staatslehre*, dont la célébrité rivalise avec le *Staatsrecht des Deutschen Reiches* de Laband, il a exposé d'une manière très claire en quoi consiste la méthode juridique de la nouvelle école. « Dans les études juridiques, dit-il, on procède, en règle, par voie déductive ; les résultats sont donc en quelque sorte fixés *à priori* dans les principes dogmatiques que l'on a posés » (1). Et plus loin : « La méthode juridique dans la doctrine de l'Etat a pour objet de déterminer le contenu des règles de droit public et de déduire toutes les conséquences qu'elles comportent » (2).

Ce que l'on saisit de suite, c'est que cette méthode est déductive, ce qui veut dire qu'on part toujours d'un principe posé d'avance et considéré comme exact en en déduisant, au moyen de syllogismes de pure logique, les conséquences qui en résultent nécessairement. Quels sont les avantages de ces opérations mentales ? Qu'il y en ait, cela paraît incontestable. Un des plus illustres adversaires de cette méthode, Gierke, les admet. Mais, en général, on lui trouve de graves défauts : tout en pensant logiquement, dit-on, on peut être

(1) Jellinek, *L'Etat moderne et son droit* (trad. franç.), p. 16.

(2) *Loc. cit.*, p. 82.

introduit dans l'erreur et notamment dans celle qui est de prendre de pures fictions pour de véritables réalités. Toutes les critiques adressées contre cette méthode et dont nous avons pu prendre connaissance, se résument dans la critique formulée par Gierke. « Laband attribue, dit-il, à la logique une puissance productive qu'elle ne peut avoir. La loi de la logique même nous apprend qu'il n'est jamais possible d'en tirer autre chose que de nouvelles catégories de logique. A l'encontre de cette évidence, Laband n'a nullement rompu avec l'ancienne erreur qui tenait la logique pour capable de tirer d'elle-même la notion d'une réalité. Il croit qu'il est possible de trouver une définition réelle et très juste pour en déduire une foule de conséquences correspondant aux choses réelles. Pour lui, il n'y a point de différence entre la définition et la notion réelle. Le déterminatif logique lui est identique au contenu réel, la déduction à l'explication réelle du lien causal et l'enchaînement logique à la synthèse réelle. C'est des déductions justes en logique formelle qu'il pense tirer des vérités matérielles, et c'est dans l'argumentation extérieurement close qu'il voit les derniers fondements suffisants des phénomènes réels. La forme exprimerait le contenu, la figure du phénomène dans ses traits et leurs dispositions tra-

duiraient définitivement l'essence même de la chose. C'est ainsi que Laband, tout en s'imaginant de procéder logiquement, « entre en contradiction avec la logique elle-même » (1). Toutes ces objections que Gierke fait à la méthode juridique de la nouvelle école, sont pleinement justifiées pour ceux qui cherchent à connaître les choses telles qu'elles existent réellement. Cette méthode est donc rejetée du tout au tout, en théorie, par les auteurs de l'école dite positiviste ou réaliste, et dont nous aurons à nous occuper par la suite. Mais Gierke n'est pas aussi intransigeant. En tout cas, il est moins absolu que ne le feraient croire les lignes précitées. Il admet en principe la méthode juridique, mais il considère que Laband la conçoit dans un sens inexact parce que trop étroit (2). D'après lui, cette méthode est impuissante à résoudre les problèmes fondamentaux du droit public (3). Rien n'est plus vrai que cette dernière affirmation. Sur ce point on peut être complètement d'accord avec le savant professeur. Mais à l'heure où nous sommes, les auteurs qui emploient cette méthode n'ont point la prétention de résoudre avec son aide seule les problèmes

(1) *Loc. cit.*, p. 1110.

(2) *Loc. cit.*, p. 1102-3.

(3) *Loc. cit.*, p. 1109.

fondamentaux du droit. Nous verrons par la suite que Jellinek ne la considère que comme un instrument, comme un moyen commode pour les constructions juridiques indispensables au juriste. Elle suffit à expliquer les phénomènes juridiques qui se passent dans l'Etat, mais elle est insuffisante à expliquer l'Etat lui-même. Voilà pourquoi il était possible à Laband de construire tout le droit public allemand en le déduisant tout simplement d'un nombre relativement insignifiant de premisses. Mais ces déductions, contrairement à ce que dit Gierke, correspondent aux réalités et souvent même les font naître (1). Il est vrai que cette méthode peut induire en erreur. Mais quelle est la méthode où le même danger n'existe pas ? Ce qui reste profondément vrai, c'est qu'elle est insuffisante à expliquer les problèmes fondamentaux du droit. C'est pourtant — excepté les erreurs qu'il signale — une des principales objections que Gierke lui adresse. « On y déduit nécessairement, dit-il, en parlant de cette méthode, le droit du droit lui-même. Les notions juridiques naissent dans des déductions logiques et se transforment aussitôt dans des entités de puissance souveraine accomplie, comme si elles étaient au monde pour

(1) V. *infra*.

elles-mêmes ». Cette même idée, nous la retrouvons chez M. Berthélemy, mais dans un langage plus clair, dans un langage bien français : « Ce n'est pas nous, dit-il en repoussant la fiction de la personnalité étatique, qui sommes faits pour l'Etat ; c'est l'Etat qui est fait par nous et pour nous » (1).

Pour l'instant laissons de côté les grands problèmes. Il n'y a pas qu'eux dans notre science. Ceux-là mis à part, il reste dans le domaine du droit une foule de problèmes de moindre envergure, mais de non moindre importance, dont la juste solution peut être fournie par cette méthode juridique. « Pour moi, dit M. GénY, la notion de technique juridique représente tout ce qu'il y a d'artificiel ou ce qui est œuvre propre de la volonté humaine dans la constitution du droit positif. Et, l'élaboration technique du droit consiste à donner aux éléments, fournis par la nature des choses, une forme, des contours, des manières d'être, qui les modifient, d'une façon toujours un peu factice et conventionnelle, en vue de les adapter à la vie » (2).

M. GénY parle ici de la technique juridique dans

(1) Berthélemy, *Méthode applicable à l'étude du droit administratif* (*Méthodes juridiques*, p. 74).

(2) GénY, *Procédés d'élaboration du droit civil* (*Méthodes juridiques*, p. 189).

le droit civil et la méthode juridique en question est appliquée au droit public. Il paraît donc que la méthode employée par Jellinek, Laband et tant d'autres est celle du droit civil. Hâtons-nous de dire que c'est la vérité même.

Nous avons vu en quoi consiste la méthode de la nouvelle école. Mais ce qui importe ici, ce n'est pas tant la nature même de cette méthode, c'est plutôt sa véritable origine. Connaître sa véritable origine, c'est connaître à fond, non seulement ses caractères essentiels, mais aussi toute l'étendue de son importance pour le droit public. Cette méthode juridique n'était pas imaginée par les juristes allemands : elle existait déjà dans le droit privé, d'où elle fut transportée par l'école moderne allemande dans le droit public. Ce procédé, si étrange qu'il ait pu paraître au premier abord, se justifiait, paraît-il, pleinement par la nature même de la matière à traiter. Ne s'agissait-il pas ici aussi du droit ? L'explication qu'à ce sujet nous fournit Laband est fort intéressante. « Il arrive enfin, dit-il, que, dans le domaine du droit public, de nombreux principes reviennent, qui ont été scientifiquement établis et développés dans le domaine du droit privé, mais qui, de leur nature, ne sont pas des principes de droit privé, mais des principes généraux du droit. Seulement il faut les dépouiller ici

de ce qui les rattache spécialement au droit privé » (1). Cette réception de la méthode dite civiliste a donné d'heureux résultats. Il en est résulté de sérieux avantages non seulement pour le droit public, mais aussi pour le droit privé par une sorte de répercussion en retour. C'est du moins l'opinion — une opinion autorisée — de M. Saleille. « Et permettez-moi de le dire à notre honneur à nous civilistes, cette ferme méthode, c'est au droit civil qu'on l'a tout d'abord empruntée. Ces services que nous rendions ainsi au droit public, il nous les a bien rendus depuis. Cela est vrai » (2). Et plus loin, il précise d'une manière générale en quoi consistent ces services mutuels. « Il avait fourni, dit-il en parlant du droit civil, au droit public et administratif ses habitudes de construction doctrinale et le droit public et administratif allait lui communiquer, par contre, un peu de sa souplesse et de son indépendance » (3).

Il y avait donc des principes de droit privé qui n'étaient que des principes généraux du droit, de sorte que l'on pourrait les appliquer aussi bien au droit public qu'au droit privé. Cette transposition

(1) Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, 1900, p. 4.

(2) *Méthodes juridiques*, p. XIX.

(3) *Loc. cit.*, p. 20.

ne fut pas accomplie sans que la méthode juridique n'eût reçu des corrections s'expliquant, disent ses partisans, par la nature spéciale des rapports publics, qui n'est pas celle des rapports privés. Voilà pourquoi Laband dit de ces principes qu'il faut les « dépouiller... de ce qui les rattache spécifiquement au droit privé. » Mais les fervents de l'école moderne, Laband lui-même, ont-ils vraiment réussi à les « dépouiller » de leurs marques « civilistes » ? A-t-on réellement réussi à leur enlever l'empreinte du droit privé qu'ils portent depuis des siècles ? Nous ne le croyons pas. Sauf l'opération qui consiste en une sorte de simple *mutatis mutandis*, laquelle n'est pas un « dépouillement », n'étant qu'une nécessité qui s'impose d'elle-même, nous n'avons rien pu trouver qui fût l'œuvre de dépouillement, indispensable à faire dans cette transposition. Nous croyons plutôt que les partisans de l'école nouvelle ont été trop sensibles aux reproches adressés par Gierke, Preuss et autres adversaires, qui les accusaient de trop pratiquer la manière « civiliste » dans le domaine du droit public.

A notre avis, il y a tout de même là un peu de contradiction de prétendre que les principes du droit privé, dont il s'agit ici, ne sont que des principes généraux du droit, et en même temps de

vouloir les « dépouiller » des marques spécifiques du droit privé, de ce même droit où ils sont nés et dans le domaine duquel ils se sont développés. Ne craint-on pas d'aller plus loin qu'on ne le veut et d'ôter de ce fait le caractère juridique même de ces principes ? De deux choses l'une : ou ils ne sont point des principes généraux du droit, ou ils le sont parce que développés dans le domaine du droit privé. Dans les deux cas il n'y a pas lieu de les priver de leurs caractères essentiels. Du reste, ce prétendu « dépouillement » est resté en état de vœu n'ayant pu être réalisé dans la mesure escomptée par l'école. Mais, nous ne voyons pas d'inconvénient à ce qu'il en soit ainsi. Si ces principes sont vraiment, comme nous le croyons aussi, des principes généraux du droit, il ne faut pas les affaiblir. Au contraire, il faut leur faire produire, tels qu'ils sont, tous les effets possibles.

II

Pour bien comprendre la façon dont s'était opérée cette transposition des principes généraux du droit privé dans le droit public, il faut revenir à l'origine de cette école moderne.

L'auteur à qui revient la gloire d'être prédécesseur de Gerber et par là même, pour une large part, un des fondateurs de la nouvelle école alle-

mande est incontestablement W.-E. Albrecht. « Nous allons être obligés, écrivait-il déjà en 1837, de nous représenter l'Etat comme une personne juridique » (1). C'est donc à propos de la conception juridique de l'Etat que la méthode civiliste a fait son entrée dans le droit public. Il est curieux d'apprendre que ce fut Gerber lui-même qui le premier donna l'alarme contre cette conception de l'Etat dans son étude *Über öffentliche Rechte*. Il disait qu'il ne niait pas la possibilité même de personnifier l'organisme éthique qu'est l'Etat. « Mais cette notion de personnalité, dit-il, *n'est pas juridique*; elle ne signifie pas la capacité de diriger sa volonté sur la domination d'un objet; elle est éthique, parce qu'elle exprime la conscience de sa propre existence, de son unité morale » (2). Depuis, Gerber est revenu sur ses affirmations et, qui plus est, s'est fait champion de la théorie ébauchée par Albrecht. Le point de vue juridique, dit-il, dans l'étude de l'Etat a pour objet, par contre et avant tout, le fait que le peuple s'est élevé par lui-même, en collectivité juridique capable de vouloir et consciente d'elle-même, en d'autres termes que le

(1) Dans une recension sur *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* de Maurenbrecher, dans *Göttinger gelehrte Anzeigen*, III, p. 1491.

(2) Gerber, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1832, p. 20.

peuple est arrivé par lui-même à la personnalité juridique » (1). Et plus loin : « Concevoir l'Etat comme une personne est la condition préalable de toute construction juridique du droit public » (2). Voilà un principe purement juridique, celui de personnalité morale, transporté du droit privé, où il s'était développé, dans le droit public auquel il ne tardera pas à s'accommoder très simplement, la matière du droit public étant aussi bien juridique que celle du droit privé. Il nous semble, à nous, que la possibilité même de cette transposition des principes, témoigne déjà de l'unité réelle qui existe entre ces deux grands domaines du droit. Mais nous aurons l'occasion de revenir à cette question de l'unité du droit qui commence déjà à être agitée de l'autre côté du Rhin. Pour le moment, occupons-nous de la notion de personnalité morale qui nous intéresse ici plus particulièrement.

On sait que presque toutes les doctrines du XIX^e siècle n'attribuaient des droits qu'à l'être humain (3). Mais se trouvant obligés d'attribuer aussi des droits à ce que les juristes romains appelaient une *universitas*, la plupart des auteurs de l'époque ont eu

(1) Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 2^e éd., Leipzig, 1869, p. 12.

(2) *Loc. cit.*, p. 2, n. 2.

(3) Cf. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, Paris, I, p. 15 et suiv.

recours à la théorie de la fiction, dont personne n'était satisfait et que l'on cherchait à remplacer avec autant de zèle que d'insuccès. La théorie de la fiction subsistait toujours à raison de son utilité pratique que nul ne contestait. Vouloir attribuer des droits à une fiction, c'est, prétendait-on, les attribuer à personne. Autant, disait-on en raillant, accrocher son chapeau à un portemanteau que l'on feint dans la muraille (1). Mais on a tout de même réussi à y accrocher les biens n'appartenant pas en particulier aux membres d'une collectivité, mais à la collectivité elle-même.

C'est ce principe de personnalité morale qui a été introduit dans le droit public par Albrecht et Gerber. Nous avons vu que ce dernier proclamait l'Etat tel qu'une personne morale. Mais comme il se rappelait d'avoir combattu l'opinion d'Albrecht, qui devait dans la suite devenir la sienne, il a pris soin d'ajouter une correction, dont parleront ensuite Laband et Jellinek. D'après lui, il ne faut pas se méprendre sur la portée et signification du principe de personnalité morale dans le droit public. A l'en croire, cette personne juridique n'est pas la même que les autres : elle serait d'une nature autre que les personnes morales de droit privé. Il le fait

(1) Mot de Brinz, *Pandekten*, 3^e éd., t. I, p. 226, rapporté par M. Michoud, *loc. cit.*, p. 19.

remarquer à l'endroit où il combat la théorie qui n'admet la personnalité de l'Etat que pour le fisc (1).

Nous voilà maintenant en présence d'un nouveau sujet de droit, différent de ceux, jusqu'alors connus, du droit privé. Qu'est-ce qui l'en distingue ? Qu'est-ce qui en fait *la plus haute personnalité juridique* que le droit eût jamais connu, comme le semble vouloir dire Gerber (2). Ce sont tout simplement les droits exceptionnels qu'on attribue à cette personne juridique d'ordre supérieur qu'est l'Etat dans la pensée de Gerber et de l'école allemande presque tout entière. Ces droits, on les appelle *droits de domination*. « Le pouvoir de vouloir de l'Etat, dit Gerber, est le pouvoir de *dominer* ; il s'appelle puissance publique » (3). Le pouvoir de vouloir de l'Etat est le droit de l'*Etat*. Le droit public est donc la théorie de la puissance publique... » (4). « La manifestation juridique de la puissance publique est la domination (5). Bien entendu, cette puissance publique, tout en se manifestant juridiquement, reste néanmoins souveraine dans la pensée de Gerber.

(1) *Op. cit.*, p. 2, n° 2.

(2) *Op. cit.*, p. 1.

(3) *Op. cit.*, p. 3.

(4) *Ibidem*.

(5) *Op. cit.*, p. 21.

Deux notions se dégagent nettement de la théorie de Gerber. C'est d'abord la notion de puissance publique conçue comme *droit* appartenant à l'Etat ; ensuite, la notion de personnalité morale généralisée et étendue sur le droit public. L'Etat-puissance publique et l'Etat-personne morale serviront dorénavant de point de départ à l'école nouvelle, dans sa conception juridique de l'Etat. Mais de ces deux éléments, indispensables, paraît-il, pour une construction juridique de l'Etat, c'est le dernier qui fait réellement le mérite de Gerber. Aussi allons-nous les examiner dans notre étude par ordre d'ancienneté.

CHAPITRE PREMIER

L'Etat et la puissance publique.

La notion de puissance publique. Bodin-Laband. — L'incompatibilité entre la notion de souveraineté et l'idée de droit. — Le contenu de la notion de puissance publique. — *Le fait* et la notion juridique. — Théories réalistes, Max de Seydel et Conrad Bornhak. — Théories réalistes (suite), Gumplowicz et Duguit, Bunge. — Une conception socialiste, Menger. — La réfutation des conceptions réalistes. — Le problème de la contrainte.

L'idée de domination étatique est très ancienne. Le fondateur de l'école moderne, C.-F. v. Gerber, l'accepte et l'admet en même temps que l'idée de personnalité juridique de l'Etat, sans que cela lui paraisse paradoxal, et sans, pour ainsi dire, s'apercevoir de l'incompatibilité évidente qu'il y a entre ces deux notions dont, théoriquement, l'une exclut l'autre, comme nous allons le voir plus loin.

Dans un véritable plaidoyer pour la souveraineté, mais pour la souveraineté du droit, le professeur Krabbe fait remonter l'idée de domination de Gerber à Zopfl, qu'il considère comme prédécesseur de Gerber (1). Il est vrai que, d'après

(1) Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität*, Groningen, 1906

Zopfl, le caractère essentiel de l'Etat est de dominer l'individu (1). Mais à notre avis, cette idée est de beaucoup plus ancienne. C'est la très vieille idée de souveraineté, la plus tenace et, selon nous, la moins comprise ; et ce n'est nullement dans Zopfl qu'il faut chercher sa véritable origine. Nous touchons ici à une question des plus épineuses de notre science : L'idée de souveraineté est-elle vraiment incompatible avec l'idée de droit ?

Examinons d'abord l'idée de souveraineté. Peu importe ici les dissentiments qui existent au sujet de sa définition, si dissentiments il y a. Ce qui importe ici, c'est de la ramener à sa véritable valeur et de déterminer sa portée pour une théorie juridique de l'Etat.

Il n'y eut point d'idées, nous le répétons, qui, au cours de ces derniers siècles, fut plus mal comprise que l'idée de souveraineté. Pour le théoricien aussi bien que pour le laïque, elle exprimait toujours une puissance absolue qui ne connaissait pas de bornes ici-bas. Lui poser des limites, c'est lui ôter son caractère essentiel de puissance

(trad. allemande), p. 101. L'œuvre de Zöpfl, à laquelle pense ici Krabbe, porte comme titre *Deutsches Staats-und Bundesrecht*, et remonte à 1865. Celle de Gerber est de la même année.

(1) P. 9, 40, cité par Krabbe, *loc. cit.*

suprême, lui enlever son trait principal, c'est la défigurer au point de ne plus la reconnaître. Une puissance qui n'est pas absolue, une puissance qui connaît des limites, peut être toute autre chose, mais non souveraine. Parler ici de limitation, c'est cesser de parler de souveraineté. Et si le vieil adage : Qui dit droit dit limitation, est dans le vrai, on voit bien l'impossibilité qu'il y a de limiter cette puissance par le droit. Toute tentative semblable était d'avance et irrémédiablement condamnée à échouer.

Cette notion de souveraineté, de souveraineté absolue, — pour risquer un pléonasse, — s'était maintenue jusqu'à nos jours. Il est fort aisé de la suivre dans ces derniers siècles et dans les ouvrages d'auteurs plus ou moins célèbres, depuis Bodin jusqu'à Laband. Et malgré toute la différence qu'il y a entre la théorie de Bodin et celle de Laband, leur notion de puissance souveraine est la même.

Relisez les pages classiques sur la souveraineté de Bodin, comparez-les avec celles qui leur correspondent dans Laband, et vous n'aurez pas l'impression qu'il s'est écoulé plus de quatre siècles entre les *Six livres de la République* de Bodin et le *Staatsrech des deutschen Reiches* de Laband. Ce qu'il y a de changé ce n'est pas la notion de

souveraineté, ce n'est pas cette puissance absolue dont on fait les « droits de domination », c'est le sujet auquel on les attribue : Bodin les attribuait au Prince, Laband à l'Etat-personne morale.

Ce fut, dit-on, le grand mérite de Gerber et Laband d'avoir séparé l'Etat de ses organes. Cette séparation de l'Etat et du Prince est incontestable. Mais on a maintenu la notion de souveraineté telle qu'elle existait avant, d'où la nécessité de réconcilier l'idée de souveraineté avec l'idée de droit. Or, c'est un véritable travail de Sisiphe, car juste au moment où il faudrait expliquer par le droit l'Etat paré de cette puissance suprême qu'est la souveraineté, c'est le droit qui s'évanouit.

Il est nécessaire de faire ressortir ici la continuité qui existe dans la conception de la souveraineté. « La souveraineté, dit Bodin, est une puissance absolue et perpétuelle » (1). Les lignes qui suivent cette définition montrent suffisamment que c'est bien d'une puissance absolue qu'il s'agit ici. Toutes les autres définitions ne font que répéter la conception de Bodin sous différentes formes et aspects. C'est cette conception même qui a été acceptée par les auteurs allemands (2). Le livre

(1) Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, 1576, liv. I, ch. IX, p. 125.

(2) V. Adolf Dock, *Der Souveränitätsbegriff*, Strasbourg, 1897, p. 5 et suivantes.

de Dock commence par Bodin et finit par Laband auquel il est du reste consacré. Le lien qui existe entre les auteurs anciens et modernes, en ce qui concerne la conception de la souveraineté, ressortirait clairement de ce livre si Dock ne s'était pas borné à un simple exposé des différentes variantes de la souveraineté. En lisant les pages qui suivent la définition de Bodin, et surtout celle de Grotius, on voit que leur définition de la souveraineté est aussi et par excellence négative. « La puissance souveraine, dit ce dernier, est celle dont les actes sont indépendants de tout autre pouvoir supérieur, de sorte qu'ils ne peuvent être annulés par aucune autre volonté humaine » (1). Or, Dock conclut avec Laband précisément dans le même sens : « Il n'est pas possible, dit-il en terminant son livre, de définir positivement la souveraineté comme une somme de pouvoirs particuliers de la puissance de l'Etat, mais bien négativement comme une puissance suprême qui ne connaît pas de semblables au-dessus d'elle ; c'est une qualité d'un caractère absolu et qui n'admet ni augmentation, ni diminution, qui est ou n'est pas (2). Cette dernière proposition est de Labaud. Il convient donc

(1) Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* (trad. Barbeyrac), Bâle, 1746, liv. I, chap. III, § VII.

(2) Dock, *op. cit.*, p. 55.

de connaître la pensée de Laband tout entière sur ce point tant agité dans la littérature de droit allemande. « Dans l'ensemble d'idées, dit Laband, soumis ici à la discussion, puissance « souveraine », signifie puissance première. La qualité de souveraine n'exprime donc pas positivement quels droits contient en elle une puissance, elle marque seulement de façon négative que la puissance dite souveraine n'a au-dessus d'elle-même aucune puissance qui ait le droit de lui donner des ordres l'obligeant juridiquement. Cela revient à dire que la souveraineté est une qualité d'un caractère absolu qui n'admet ni augmentation, ni diminution, qui est ou n'est pas..... Il n'y a pas de demi-souveraineté, pas de souveraineté partagée, diminuée, dépendante, relative, il n'y a que souveraineté ou non souveraineté ». Il semble que, dans la pensée de Laband, c'est à l'intérieur de l'Etat que la puissance publique jouit de cette souveraineté négativement définie. Mais comme l'Etat lui-même, bien que tout puissant, ne peut sortir de sa propre peau, il faut bien qu'il conserve cette même qualité de puissance souveraine dans ces rapports extérieurs. Or, c'est précisément dans les rapports extérieurs des Etats que l'on commence à nier, depuis ces derniers temps, l'existence même de cette puissance souveraine. Qu'il suffise pour le moment de rap-

peler qu'il y a une dizaine d'années, notre éminent maître M. Pillet s'est élevé contre la prétendue indépendance des Etats. « La vérité est, dit-il, que le prétendu droit d'indépendance de l'Etat n'existe pas, ou, ce qui revient au même à notre point de vue, qu'il n'existe que sous la réserve de droits de la communauté internationale, sous la réserve de droits des gens » (1). Nous verrons dans la suite comment M. Pillet substitue à la notion d'indépendance celle de l'interdépendance des Etats. Il nous semble pourtant que l'objection faite par M. Pfenninger à cette nouvelle conception du droit international ne tient pas debout (2). Quand on objecte que cette théorie « identifie la limitation des Etats objective et matérielle à celle purement juridique » (3), on oublie que, si l'on reconnaît le fait même de limitation « objective et matérielle », on reconnaît par là l'existence d'une limitation juridique, l'une ne faisant que suivre l'autre.

(1) Pillet, *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats*, Paris, 1899, p. 19.

(2) J. Pfenninger, *Der Rechtsbegriff und seine Anwendung auf das Völkerrecht*, dans *Archiv für öffentliches Rechts*, 1902, bd. XVII, 2, 161 et suivantes.

(3) P. 343.

II

Revenons maintenant à l'ancienne conception de la souveraineté. Il est inutile de nous étendre ici sur les définitions rassemblées soigneusement par M. Combothecra. Aussi considérons-nous qu'il importe peu de diviser les différents auteurs en deux groupes selon leur conception de la souveraineté : ceux qui envisagent celle-ci comme une force matérielle et ceux, plus nombreux, pour qui elle est une force immatérielle. Pour une construction juridique de l'Etat cela n'a aucune importance, en admettant toutefois qu'une pareille distinction en force matérielle et immatérielle soit possible.

Du moment qu'on introduit dans une étude juridique une notion aussi absolue que celle de la souveraineté, on se met du même coup dans l'impossibilité évidente, sinon de construire un système juridique, au moins de résoudre à fond et sans user de détours le problème capital de notre science, celui du rapport entre l'Etat et le droit. Nous ne croyons pas non plus que la solution de Combothecra soit juste. Il ne nous paraît pas que la « conception qui fait ressortir la double essence, matérielle et immatérielle, de la souveraineté » soit la seule vraie. « La qualité, dit-il, d'une force su-

prême matérielle consiste dans le fait que ladite force doit être en état de dominer toutes celles de son espèce. La qualité d'une force suprême immatérielle consiste aussi dans le fait que ladite force doit être en état de se subordonner toutes les autres de son espèce. Or, la force suprême matérielle dans un Etat déterminé, c'est la force publique; la force suprême immatérielle, dans un Etat donné, c'est la volonté générale» (1). Mais de l'instant que la force immatérielle est aussi suprême que la force matérielle, leur alliance conservera forcément son caractère absolu. Nous nous trouvons ici de même en présence d'une puissance absolue, toujours dangereuse pour un système de droit. En effet, si l'on veut construire un système juridique au moyen des déductions logiques des prémices fixées d'avance en prenant pour point de départ le principe de souveraineté, on est inévitablement réduit ou à l'impuissance complète et à la réfutation de toute limitation juridique de l'Etat ou aux tours de force signalés tant de fois dans la littérature de droit allemande résultant de l'impossibilité qu'il y a de réconcilier les deux notions incompatibles. Il y a incompatibilité logique évidente entre l'idée de droit et la notion de souveraineté, puissance abso-

(1) Combothecra, *La conception de la souveraineté*, dans la *Revue du droit public*, 1897, pages 241 et suivantes.

lue « qui n'admet ni augmentation ni diminution, qui est ou n'est pas ». Ce qui est incompatible en logique reste incompatible et inconciliable en théorie, surtout dans un système de pur formalisme. Et il n'y aura rien de changé dans notre construction théorique et abstraite quelle que soit la puissance de notre logique, si nous attribuons cette puissance absolue qu'est la souveraineté à un Prince, comme le fait Bodin, ou à l'Etat-personne morale, comme le font Laband et la nouvelle école allemande tout entière. Rappelons-nous que la méthode de cette école consiste en déductions logiques des prémices préétablies; qu'elle se propose de déterminer le contenu abstrait des règles de droit et « déduire toutes les conséquences qu'elle comporte ». Or, des mêmes prémices la logique tirera toujours les mêmes conclusions. Par conséquent, tant qu'au sommet du droit on mettra ce principe de puissance absolue, l'Etat restera en dehors du droit ou plutôt au-dessus de lui, cette puissance étant, de par sa définition, contraire à toute limitation juridique.

III

Nous avons vu que le grand mérite de Gerber et Laband a été d'avoir séparé l'Etat et ses organes et d'avoir attribué la souveraineté à celui-là. Cette

séparation s'imposait d'elle-même dès qu'on a commencé à voir dans l'Etat une personne morale, c'est-à-dire depuis la célèbre critique d'Albrecht. La notion de souveraineté étant maintenue telle quelle, l'ensemble des droits vagues et incertains qu'en faisait l'ancienne conception, tout en ne réussissant pas d'en donner le contenu positif, n'est plus attribué au Prince mais à l'Etat, celui-là n'étant qu'un organe de celui-ci. Mais cette transformation du Prince en organe ne résout pas le problème. Dans l'ancienne conception il était impossible de limiter juridiquement le Prince, dans la nouvelle il est impossible de limiter l'Etat. Ce n'est plus le roi qui est l'Etat, c'est maintenant l'Etat qui est le roi.

Et il nous semble même que l'on peut, dans un certain sens, plus facilement commettre l'injustice qui n'engage la responsabilité de personne tout en engageant tout le monde, que celle dont la responsabilité de fait retombe sur une seule personne.

Quand les auteurs allemands condamnent le Prince de Bodin, en le jugeant plus sévèrement qu'il ne le mérite, ils oublient que c'est précisément dans leurs théories qu'il subsiste, toujours aussi puissant, aussi souverain qu'il y a plusieurs siècles. Nous nions énergiquement que de ce changement de titulaire de « droits » de souveraineté il résulte

des avantages aussi sérieux qu'on le croit en général. Quant aux avantages réels de cette nouvelle conception, nous les verrons lorsque nous parlerons des organes comme représentants *sui generis* de personnes morales. Mais à chaque époque correspond une théorie dominante, et il nous semble — ceci dit avec tout le respect dû aux célèbres juristes d'outre-Rhin — que celle de Bodin correspondait mieux à son temps que l'« herrschende Lehre » allemande à l'époque où nous vivons.

Quel est le contenu de la puissance absolue attribuée au Prince par Bodin ? « Or, dit-il, il faut que ceux-là qui sont souverains, ne soyent aucunement sujets aux commandemens d'autrui, et qu'ils puissent donner loy aux sujets, et casser ou anéantir les loix inutiles, pour en faire d'autres : ce que ne peut faire celuy qui est sujet aux loix, ou à ceux qui ont commandement sur lui. C'est pourquoi la loy dit que le Prince est absous de la puissance des loix : et ce mot de loy emporte aussi en latin le commandement de celuy qui a la souveraineté. Aussi voyons-nous, à la fin des Edits et Ordonnances, ces mots, *car tel est notre plaisir*, pour faire entendre que les loix du Prince souverain, or qu'elles fussent fondées en bonnes et vives raisons, néanmoins qu'elles ne dépendent que de sa pure et franche volonté. Mais quant aux loix

divines et naturelles, tous les Princes de la Terre y sont sujets... » (1). L'esprit dit positiviste ayant pénétré dans notre science comme partout ailleurs, l'unique barrière que Bodin posait au « plaisir » du Prince, les lois divines et naturelles, a disparu. On a trouvé qu'elles n'avaient pas de caractère juridique. Il est donc logique que, de toute la théorie de Bodin, il ne restait pour la théorie moderne que le célèbre principe de droit romain ; *Princeps legibus solutus est*. Voici maintenant ce que nous trouvons quatre siècles après Bodin et après la séparation de l'Etat et du Prince allemande, c'est-à-dire dès qu'on a commencé à concevoir l'Etat comme une personne morale. Pour Gerber, c'est une puissance « à laquelle tout le peuple est subordonné dans tous ses membres » (2). Mais l'opinion la plus autorisée est celle de Laband. « Dominer (herrchen), dit-il, c'est avoir le droit d'ordonner à des personnes libres (Bodin, disait « donner loix aux sujets ») ou à des communautés de personnes libres des actes, des abstentions, des prestations et de les contraindre à s'y conformer. Voilà le point essentiel d'où naît l'opposition entre droits publics et droits

(1) Bodin, *Les six livres de la République*, l. I, chap. IX, p. 132 et suivantes.

(2) *Op. cit.*, p. 21.

privés. Le droit privé ne connaît pas de domination « que sur les choses, dont font partie aussi les esclaves....; vis-à-vis des personnes libres, il ne connaît que des droits de créance, lesquels ne contiennent aucun droit coercitif contre le débiteur et n'implique pas le pouvoir juridique de lui ordonner quelque chose. Dans les rapports d'obligation, le créancier et le débiteur sont sur le pied d'égalité; le créancier n'a aucun pouvoir sur le débiteur; le droit de domination au contraire consiste essentiellement dans la puissance juridique qu'a l'autorité sur le subordonné, dans le pouvoir juridiquement légitime qu'elle a de le contraindre à obéir à un ordre donné....; l'Etat seul domine sur les hommes...., sa volonté seule a le pouvoir de briser la volonté des individus, de disposer de leurs biens, de leur liberté naturelle et de leur vie » (1). On voit bien qu'en ce qui concerne le caractère absolu de la puissance de l'Etat, Laband est aussi affirmatif que Bodin. Nous laissons de côté, pour l'instant, les objections que suscite la théorie de Laband. Il n'est pas encore temps de nous demander comment cette puissance absolue, étant ainsi de par la nature, devient-elle tout d'un coup juridique et légitime; comment et pourquoi l'Etat

(1) Laband, *op. cit.*, p. 109-110 (4^e édition allemande, 1904, p. 64).

peut-il se mettre, dans les rapports de droit privé, sur le pied d'égalité avec le subordonné, tout en conservant sa qualité de puissance absolue.

Nous nous contenterons de dire ici que, dans la conception de Laband, la notion de puissance absolue est maintenue ; il n'y a qu'une seule différence : à la place du Prince nous trouvons l'Etat. Nous avons dit plus haut notre opinion sur ce changement dans la conception de la souveraineté. L'opinion généralement admise est toute contraire. « La puissance publique, dit Rehm, n'est plus attribuée à une personne, mais à une idée. La puissance publique personnelle est remplacée par la puissance publique impersonnelle. Jusqu'alors les rapports entre le Prince et le sujet étaient directs et, par conséquent, personnels. Par contre, il se trouve maintenant juridiquement entre le sujet et son roi un intermédiaire, l'Etat... Avant, c'était le père du pays ; c'est maintenant son administrateur. Il exerce le droit d'autrui. Les droits de l'administrateur (Verwalter) ne se confondent pas avec ceux du propriétaire. Il ne peut pas vendre et échanger le pays et les hommes comme son bien. Il ne possède plus la substance même de la puissance publique. Il n'est plus maître » (1). D'abord,

(1) Rehm, *Das rechtliche Wesen der deutschen Monarchie*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, 1909, bd. XXV, H. 3, p. 393.

il n'est pas absolument exact de dire que les droits de souveraineté sont attribués à une idée en voulant dire par là qu'ils le sont à l'Etat-personne morale. Ensuite, nous ne voyons pas quel avantage sérieux la théorie pourrait en tirer, les droits de souveraineté étant maintenus pour l'Etat tels qu'ils existaient pour le Prince. Si le Prince pouvait juridiquement vendre « les pays et les hommes » en usant de ses droits de souveraineté, l'Etat moderne pourrait en faire autant, ayant les mêmes droits. Du reste, n'a-t-on pas vu, ces derniers temps, un consortium financier négocier l'achat d'une république américaine ? Puis, en ce qui concerne la construction juridique de l'Etat, telle que la conçoit la nouvelle école, ces droits de souveraineté la rendent tout simplement impossible, comme nous le verrons dans la suite. Enfin, quant à l'arbitraire, il est toujours possible ; d'autant plus que, pour la théorie qui domine dans la nouvelle école, le plus haut organe de l'Etat reste toujours le Prince seul. Le parlement n'est qu'un organe destiné à seconder le Prince dans l'exercice de sa compétence. Les constitutions allemandes font une distinction subtile : la puissance publique appartient (zusteht) au Prince, mais elle est exercée (ausüben) par le Landtag ; Rhem dit lui-même que cette distinction n'a pas de sens et

qu'ici les mots *appartenir* et *exercer* sont des synonymes (1). Pourtant, la théorie dominante l'admet en refusant l'imperium au Landtag. Sur ce point, Laband est très affirmatif. Du reste, tous les partisans de cette école font remarquer que la plupart des constitutions allemandes ont imité la Charte française (art. 22) de 1814, en ce qui concerne la sanction et la promulgation des lois. Ce droit appartenant au Prince, ils ne voient dans la loi qu'un ordre donné par celui-ci à ses sujets. Le parlement ne pouvant ordonner directement aux sujets quoi que ce soit, le droit de commander ne lui appartient pas, mais appartient au Prince.

L'anomalie devient encore plus sensible si l'on se rappelle que, dans la pensée de la théorie dominante, le Prince doit exercer les droits de l'Etat. Or, si les droits exercés par le parlement appartiennent au Prince en même temps qu'à l'Etat, celui-ci se confond logiquement avec le Prince. Le rôle du parlement est réduit par là à celui des conseils privés des anciens rois. La volonté de l'Etat est la volonté du Prince, et on ne voit pas bien en quoi consiste la différence entre le Prince exerçant ses droits de souveraineté et le Prince exerçant souverainement les droits de l'Etat.

(1) Rehm, *loc. cit.*, p. 399 et suivantes.

IV

La notion de puissance absolue, telle que la conçoit Laband, est prise pour point de départ par presque tous les partisans de la nouvelle école. Parmi ceux-ci notre attention est attirée plus particulièrement par Georg Jellinek, sa théorie différant sensiblement de toutes les autres. Il a pris à tâche de remplacer, dans l'étude de l'Etat, tout autre point de vue, — tel celui du métaphysicien, du psychologue, du sociologue, du théologue, — par le point de vue purement juridique (1). A ce point de vue, l'Etat lui apparaît uniquement comme puissance publique. C'est sous ce seul aspect qu'un juriste devrait s'en occuper. « Le côté juridique, dit-il, doit être considéré comme un des aspects les plus importants de l'idée de l'Etat : on ne peut concevoir l'Etat sans droit » (2). D'après lui, l'Etat peut être considéré sous différents angles ; vu sous celui d'un juriste, il n'est que la puissance publique. Il laisse de côté la substance même de l'Etat, l'en-soi de l'Etat, comme il dit (3). Dans une étude de droit, l'Etat en-soi n'a rien à faire.

(1) Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, Wien, 1880, p. 8 et 9.

(2) Jellinek, *L'Etat moderne*, p. 13.

(3) Jellinek, *Staatenverträge*, p. 8.

Cet isolement où il met la science juridique lui a valu, entre autres, des reproches de M. Hauriou, qui l'accusait d'étroitesse de vue, et de M. Jèze qui cherche à connaître, suivant l'exemple de Lingg, Gumplovicz, Duguit, Bunge, Menger et autres, l'existence réelle de l'Etat. « Cette thèse, dit M. Jèze, à propos de la personnalité de l'Etat, est manifestement inadmissible. Elle n'a aucune valeur scientifique. Elle veut mettre d'accord les faits avec un principe juridique ; ce sont les principes juridiques qui doivent être mis d'accord avec les faits. Combien d'ailleurs l'explication est insuffisante ! Dire que l'Etat est une création de droit, une fiction, une abstraction, n'est pas dire ce qu'est réellement l'Etat : nous ne voulons pas savoir pourquoi les jurisconsultes ont imaginé la fiction de la personnalité de l'Etat ; nous cherchons ce qu'est réellement l'Etat » (1). Et plus loin : « Evidemment l'Etat existe, l'Etat est une réalité ; mais ce que nous cherchons c'est la nature de cette réalité » (2). On a vu que, par contre, Jellinek laisse de côté la véritable nature de l'Etat comme ne relevant pas du domaine du juriste.

Malgré de nombreuses critiques, Jellinek a

(1) Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1904, p. 10.

(2) P. 11.

maintenu ses idées. Dans ses derniers écrits aussi bien que dans les premiers, l'Etat est réduit à la notion de puissance publique. Il en est tellement convaincu, qu'il lui est impossible de mieux définir le droit public qu'en disant avec Gerber que le droit public n'est autre chose que « la théorie de la puissance publique » (1). Aussi dans son principal ouvrage, ne cesse-t-il de désigner sous le nom de domination les rapports entre l'Etat et les particuliers. Ce sont ces rapports de domination qui distinguent l'Etat de tous les autres phénomènes sociaux (2). « L'Etat, dit-il, est l'unité d'hommes sédentaires pourvue d'une puissance de domination originaire » (3). D'une manière générale, l'Etat pour lui n'est pas concevable sans ces rapports de domination. Le contenu qu'il donne à la puissance de domination de l'Etat est le même que celui que lui donne Laband. « Dominer, dit-il, c'est avoir l'habileté absolue d'imposer sa volonté aux volontés des autres et de la faire valoir sans condition contre celles-ci » (4).

Mais cette puissance de domination a-t-elle des

(1) Jellinek, *Staatenverträge*, p. 9.

(2) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2^e édition, Berlin, 1905, p. 71.

(3) *Op. cit.*, p. 173.

(4) *Op. cit.*, p. 172.

bornes ? Et si elle les a, quelle en est la nature ? Sont-elles juridiques, morales ou autres ? C'est la question qui nous intéresse et c'est là que se trouve le grand problème de la limitation de l'Etat. Quelle est l'idée de Jellinek à ce sujet ? A en juger uniquement d'après sa définition négative de la souveraineté (nous laissons de côté la question des Etats non souverains), une semblable limitation serait impossible. « Dans son côté négatif..., dit-il, elle (la souveraineté) veut dire l'impossibilité d'être lié, juridiquement et contre sa propre volonté, par une autre puissance, fût-elle étatique ou non » (1). On verra plus loin que Jellinek n'admet pas cette conséquence. Mais il y a des auteurs pour qui cette conséquence s'impose. Logiquement, elle paraît, en effet, la seule possible, vu le point de départ de l'école moderne allemande.

On se rappelle le point de départ de cette école. Celle-ci considère l'Etat d'abord comme puissance publique, ensuite comme personnalité morale. De ces deux éléments sur lesquels se base la conception moderne de l'Etat, le dernier est une pure création des juristes. Cette création juridique peut être très utile et indispensable dans

(1) *Op. cit.*, p. 467.

l'étude de l'Etat, il n'en est pas moins vrai qu'elle ne constitue pas un *fait* dans le sens où celui-ci est pris par l'école positiviste (1). Mais la première marque de l'Etat moderne, celle que Jellinek appelle « spécifiquement étatique », la puissance, la domination de l'Etat, est un *fait* réel par excellence. Pourquoi serait-elle un fait ? Pourquoi la personnalité de l'Etat ne le serait-elle pas elle aussi ? Parce que celle-ci est créée par les hommes ; tandis que celle-là est *donnée* par la nature même. Toutefois, cette distinction est tellement subtile qu'il est préférable de ne pas en tenir compte dans la question qui nous préoccupe. On dit que la domination de l'Etat est un fait, mais n'a-t-on pas vu un auteur allemand prétendre que les hommes ont inventé l'Etat comme ils ont inventé un simple coffre-fort (2). Il est aussi impossible de nier l'existence réelle des principes juridiques, bien qu'ils ne tombent pas sous le sens. C'est pourtant la domination étatique seule qui est considérée comme un fait. Gerber la considère comme une puissance « originaire » (3). De même Jellinek (4). Otto Mayer dit expressément

(1) V. le passage cité de M. Jèze.

(2) Schlözzner.

(3) *Op. cit.*, p. 21.

(4) V. *infra*.

que « la volonté de l'Etat en est investie par la nature » (1). Il n'est donc pas étonnant que l'école réaliste s'en soit tenue à ce fait, naturel et réel par excellence, en réfutant dédaigneusement les inventions juridiques.

V

Nous nous occuperons d'abord des auteurs appartenant par leur méthode à l'école même dont ils combattent la théorie dominante. En prenant pour point de départ uniquement la notion de puissance, admise par toute l'école, Max de Seydel et Conrad Bornhak sont arrivés, aux moyens des déductions logiques, aux résultats tout opposés à ceux de Jellinek et autres représentants de l'école allemande. Ils affirment — et il est impossible de leur reprocher le manque de logique — que la conséquence, qui nécessairement résulte du principe de puissance étatique, était bien une domination absolue sur les hommes et les choses. « L'Etat, dit Bornhak, est la domination sur les hommes et les choses (über Land und Leute) indépendante de toute autre puissance terrestre » (2). S'il parle ici de l'Etat ce n'est que pour la commodité du

(1) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, I, p. 67.

(2) Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, Freiburg, B., 1888, p. 63.

langage. En effet, ce n'est nullement à l'Etat qu'il attribue cette domination. « Le sujet et la source de toute domination est, dans un état monarchique, le monarque. C'est de lui que découlent toutes les autorités dans l'Etat. Toute la puissance étatique et tout le droit étatique ne sont que la puissance et le droit du Prince. L'Etat et le Maître (Herrscher) sont des notions identiques. La seule expression exacte de ce principe monarchique a été donnée par Louis XIV dans les mots tant méconnus : L'Etat c'est moi (1). Et plus loin : « Le Maître, dit-il, n'est pas, comme on le pense généralement, l'organe de la personnalité étatique, mais il lui est identique » (2). A ses nombreux adversaires qui l'accusaient de revivre l'ancien Etat patrimonial, Bornhak reproche la pauvreté d'esprit ! Une chose est certaine, c'est qu'admettant le principe de puissance absolue de l'Etat, l'école allemande a couru d'avance le danger d'aboutir dans telle théorie à l'Etat patrimonial. Mais quoique la relativité des conceptions juridiques soit pour nous évidente, comme on le verra plus loin, il est incontestable que, dans un certain sens, la théorie de Bornhak et celle de Seydel constituent un véritable retour au passé. La séparation de l'Etat et du Prince dispa-

(1) *Op cit.*, p. 64-65.

(2) *Op. cit.*, p. 66.

rait, l'Etat est confondu avec le Prince ; l'ancienne conception donc est rétablie. La théorie du droit divin considère elle aussi que l'Etat se confond avec le Prince.... ; « nous avons vu, dit Bossuet, que tout l'Etat est en la personne du Prince » (1). Mais elle admet des lois divines comme une barrière alors sérieuse. « Les Princes, dit Bossuet, agissent donc comme les ministres de Dieu et ses lieutenants sur la terre » (2). Et tandis que Bornhak attribue au Prince en propre la domination sur les hommes et les choses, Bossuet disait que le trône n'appartient pas à celui qui l'occupe momentanément, mais à Dieu même. Or, quelles limites Bornhak et Seydel imposent-ils au pouvoir royal ? Incontestablement, c'est que dans la conception de Bornhak et Seydel des limites existent, mais elles ne sont pas juridiques. « Elle (la royauté), dit-il, ne puise pas sa force dans une source juridique. » « Lorsque la constitution dit que tous les droits se trouvent réunis en la personne du roi, cela a un double sens : cela signifie d'abord qu'il ne tient son droit de personne autre que de lui-même ; ensuite, que sa puissance domine tout. La puissance royale n'existe pas en vertu de la constitution, mais la

(1) Bossuet, *Politique tirée des propres paroles de l'Ecriture sainte*, VI, I, 1.

(2) *Ibidem*, III, 2, 1.

constitution en vertu de la puissance royale » (1). A notre avis, on s'est mépris assez souvent sur la théorie de Seydel. On considère généralement que la théorie de Seydel, si elle ne prêche pas ouvertement l'arbitraire royal, au moins ne reconnaît pas la possibilité d'une limitation du Prince. « L'étendue juridique illimitée de la puissance étatique, dit pourtant Seydel, n'exclut pas une autolimitation du Prince en ce qui concerne l'exercice de cette puissance » (2). Plus tard nous connaissons la théorie de l'autolimitation de Jellinek. Nous verrons que le dernier fondement de l'autolimitation de l'Etat se trouve, d'après lui, dans la *conviction*. Celle-ci étant purement personnelle, qu'il nous soit permis de dire que l'abîme qui sépare la théorie de Seydel de celle de Jellinek n'est pas si profond qu'on le croit généralement.

D'après Seydel, l'Etat se confond avec le Prince, comme dans l'ancienne théorie. Mais sur un autre point encore la théorie de Seydel se rapproche de l'ancienne conception. Selon lui, la certitude que la constitution sera respectée par le Prince se trouve dans une promesse solennelle et religieuse, dans le « sermon » du roi. Par là, la conception

(1) Seydel, *Das Staatsrecht des Königreichs Bayern*, Freiburg, i, B., 1888, p. 23, 24.

(2) *Loc. cit.*

de Bodin se trouve complètement rétablie. Hâtons-nous d'ajouter que ce retour au passé n'est point redoutable pour un pays où le sentiment religieux est aussi fort comme du temps de Bodin. En ce qui concerne les objections que l'on adresse à l'Etat patrimonial, telle celle de Rhem, que le Prince pourrait, dans toute conception semblable, juridiquement « vendre » le pays avec tout ce qui s'y trouve, on pourrait répondre par l'autolimitation du Prince aussi bien que par celle de l'Etat. Quant à la séparation du patrimoine du Prince de celui de l'Etat, elle existait déjà avant l'apparition de la nouvelle école et peut être bien expliquée par le respect des règles juridiques existantes que le Prince se doit à lui-même.

La notion de puissance considérée comme marque essentielle de l'Etat par la théorie dominante de l'école allemande, est pour l'école positiviste non seulement essentielle, mais aussi unique. Par conséquent, la conception de la personnalité étatique étant écartée comme invention peu fondée des juristes, il n'est pas étonnant que la confusion de l'Etat et de son chef s'en soit suivie. Voilà comment l'Etat-patrimonial, l'Etat-objet, comme on dit, trouve sa place, aujourd'hui, dans la littérature juridique allemande, à côté de l'Etat-sujet de Laband, Jellinek et autres. « Je désigne, dit Seydel,

du nom d'Etat les pays et les hommes en tant que soumis à une volonté dominante, tout comme on appelle propriété, dans le droit civil, la chose qui a son maître. Suivant cette terminologie, c'est l'Etat qui est l'objet (objekt), et son chef qui est le propriétaire (Inhaber) de la puissance publique » (1).

Mais après avoir écarté l'abstraction de la personnalité, il en admet une, ce qui prouve une fois de plus qu'un juriste ne peut s'en passer. « Malgré le changement des personnes, dit-il, qui occupent le trône, le Maître est toujours le même sujet de droit au point de vue du droit public » (2). Aussi, affirme-t-il, dans son droit public bavarois, que le roi, tel qu'une institution, est immortel. Mais qu'est-ce cette perpétuité, cette continuité du trône, sinon une abstraction ? Il est évident qu'on fait ici celle des personnes qui occupent momentanément le trône (3). Qu'est-ce ce roi qui n'est ni Henry, ni Edouard, ni Georges, sinon une abstraction, un être fictif ? « La personnalité juridique de l'Etat, dit-il, vit en la personne de chaque possesseur du pouvoir de domination et n'existe que par lui.

(1) Seydel, *Annalen des deutschen Reiches*, 1898, p. 324.

(2) *Loc. cit.*, p. 252.

(3) Cf. les mots de Blackstone, cité par Jellinek : « Henry, Edouard or George may die, but the king survives them all. ».

Mais elle n'est pas attachée à sa personne physique, et se transmet de l'une à l'autre..... Si l'on arrive à une personnalité juridique unitaire en faisant abstraction des personnes physiques, qui changent en elle, il serait erroné de voir dans cette abstraction une personnalité spéciale différente de celui à qui appartient la puissance publique et d'identifier à une telle abstraction la réelle, la puissante personnalité de l'Etat » (1). L'aveu est donc, semble-t-il, complet. Mais il ne faut pas se méprendre sur sa portée. Bornhak ne reconnaît pas la personnalité étatique telle qu'elle existe dans la pensée de Jellinek, Laband, O. Mayer, Auschüts, etc. ; il ne connaît pas la notion d'organe ; c'est pour lui le sujet même de puissance publique. Ce sujet est juridiquement illimitable en raison de la puissance souveraine dont il est investi. Mais de cette même puissance est investi aussi l'Etat-personne morale de Laband. Donc, si le Prince de Bornhak est illimitable, l'Etat de Laband l'est aussi. Par contre, si l'Etat-personne morale de Jellinek peut se limiter juridiquement lui-même, pourquoi l'Etat de Bornhak ne pourrait-il pas en faire autant ? L'Etat de Jellinek ne peut se limiter que si son principal organe se limite lui-même.

(1) Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1896, p. 43.

Mais si l'on prouve que cet organe, le chef de l'Etat, peut vraiment se limiter juridiquement, il est prouvé par là même, qu'il en peut être ainsi avec le Prince de Bornhak. Une telle autolimitation du roi absolu est admise par Seydel, comme nous l'avons vu, bien qu'elle ne soit pas juridique selon lui. Où est donc la différence réelle entre ces théories en apparence si opposées les unes des autres ? Et si l'on se rappelle que la théorie de Seydel se rattache à celle de Bodin, on voit que, s'il y a un « véritable cimetière de doctrine » comme dit Luzzati, en parlant de la littérature juridique allemande, il y a aussi de véritables revenants.

VI

Dans son désir de débarrasser la science juridique des fictions et des fausses conceptions, Seydel a été devancé et surpassé par Gumplowicz et suivi par Duguit, Jèze, Lingg, Bunge, Menger. Mais il y a une différence entre la conception de Seydel et l'idée que se fait Gumplowicz de l'Etat. De Seydel part d'un principe, celui de domination étatique — seule chose réelle pour lui — et en déduit les conséquences nécessaires. Il appartient donc, quant à sa méthode, à l'école moderne allemande qu'il

combat. Par contre, la méthode de Gumplowicz est la méthode inductive par excellence. D'après lui, cette méthode est la seule vraie, parce qu'elle part des faits réels et non des principes abstraits, produits de la fantaisie des juristes. Très connu et très répandu en Autriche-Hongrie, ayant ses ouvrages traduits en italien et espagnol, voire même en français (1), il fut passé sous silence dans la littérature de droit de l'Empire allemand. C'est la très vieille rancune que les auteurs de l'Empire gardent toujours à leurs rivaux d'Autriche-Hongrie. Gumplowicz s'en plaint, et à juste titre, dans son droit public général (2). Mais l'ironie avec laquelle il traite les savants de l'Empire et leurs constructions « fantaisistes », l'aigreur de son langage à leur sujet y ont beaucoup contribué. Toutefois, ce n'est pas là la seule raison. La manière de penser des auteurs allemands, leur amour pour les déductions logiques, leur formalisme dogmatique étaient trop opposés à la manière de penser et à l'amour de la réalité de Gumplowicz.

Pour Gumplowicz, la vérité historique est la seule chose qui compte. Il la met au premier plan et au-dessus de tout. Si cette vérité est sujette aux

(1) Gumplowicz, *La lutte des races, Recherches sociologiques*, Paris, 1896 (traduit par Charles Baye).

(2) Gumplowicz, *Allgemeines Staatsrecht*, p. 110.

objections d'ordre éthique, la science n'a pas à s'en soucier, « car il n'y a pas d'objection d'ordre éthique contre la vérité, celle-ci étant la suprême éthique » (1).

A vrai dire, c'est de la sociologie juridique qu'il fait ; en quoi il peut être considéré comme un des prédécesseurs de M. Duguit. L'explication juridique de l'Etat étant, selon lui, impossible, il a entrepris de l'expliquer sociologiquement (2). Ce qu'il veut est de serrer la réalité de plus près. Pour expliquer la réalité, il faut nécessairement observer les faits réels. Par conséquent, sa méthode est la même que celle préconisée par M. Jèze dans ces derniers temps (3). Jèze l'oppose directement à la méthode juridique de l'école allemande. D'après lui, la méthode de l'école allemande « veut mettre d'accord les faits avec un principe juridique, ce sont des principes juridiques qui doivent être mis d'accord avec les faits » (4). C'est aussi la méthode recommandée par M. Duguit. « Nous croyons naïvement, dit-il, que c'est un roi, un empereur, un parlement, une majorité qui veulent et commandent. Erreur ! Les faits ne

(1) Gumpłowicz, *Allgemeines Staatsrecht*, p. 110.

(2) *Op. cit.*, préface.

(3) *Op. cit.*, p. 8, n° 1.

(4) *Op. cit.*, p. 10.

sont rien ; les juristes sont au-dessus d'eux ; ils n'ont point à en tenir compte ; ils vivent dans un monde qui leur est propre, dans une sphère inaccessible aux profanes ; le monde extérieur n'est rien : les juristes ne connaissent que leur monde. Mais c'est un monde fictif, dira-t-on. Non, c'est un monde d'abstractions. Derrière cette abstraction, il y a une réalité : mais le juriste déforme cette réalité ; elle le gêne pour ses constructions ; il affirme qu'il ne peut faire la théorie du droit public avec la réalité telle qu'elle se présente à l'observateur. Qu'à cela ne tienne, le juriste modifie la réalité. En fait, il n'y a que des individus solidaires et des volontés individuelles. En droit, il y aura une collectivité personnifiée, dont les gouvernants seront les organes. Mais c'est une fiction ? Non point : une simple abstraction. En vérité, on s'étonne qu'en un siècle de science positive les jurisconsultes les plus réputés de l'Allemagne et de la France en soient encore à créer des entités scholastiques, à bâtir des théories *à priori* et à s'efforcer d'y plier la réalité. Comme ils donnent prise aux reproches que leur adressent justement les sociologues et historiens ! Essayons donc de nous débarrasser, une fois pour toutes, de ces fantômes, de ces abstractions, de prendre les choses comme elles sont, et de voir ensuite quelles

conséquences juridiques on peut et doit en tirer. Adaptons les théories juridiques aux faits et non point les faits aux théories juridiques » (1). Gumpowicz est, lui aussi, adversaire résolu des abstractions des juristes allemands ; il réfute énergiquement leur méthode ; d'après lui, elle force la réalité ; l'Etat étant une réalité, il est impossible de le déduire d'un principe abstrait. « D'après ce que nous venons de dire, écrit-il, notre intention ne peut être d'établir un « principe » et de bâtir sur lui un système. Le but que nous nous proposons est tout autre » (2). Epris de réalité, il dit lui aussi qu'il faut partir des faits réels (3). C'est pour lui, du reste, le seul moyen pour une science d'aboutir à des résultats positifs et exacts. « Toute science, dit-il, signifie concevoir et approfondir un ensemble de faits et états empiriques et connaître les lois qui s'y manifestent. Toute science repose donc sur l'observation des phénomènes donnés dans le monde, dans la nature et dans l'histoire, et s'efforce d'en découvrir les lois » (4). Et plus loin : « Il (le jurisconsulte) ne doit se fier qu'aux faits ; mais les formes de la vie étatique doivent être

(1) Duguit, *L'Etat*, p. 220-241.

(2) *Op. cit.*, p. 28.

(3) *Op. cit.*, p. 211.

(4) *Op. cit.*, p. 2.

observées avec la plus grande méfiance. Un fait doit être toujours présent à son esprit ; c'est que les formes du droit public sont la plupart du temps créées dans le but d'en voiler la véritable nature et que ce sont précisément ces formes mêmes qui entravent la connaissance de la nature du droit public » (1).

On sait où en est arrivé M. Duguit en observant les faits. Il réfute la personnalité étatique qu'il considère comme un fantôme imaginé par les jurisconsultes dans leur cabinet de travail. Mais si l'on rejette la personnalité de l'Etat et avec elle toutes sortes d'abstractions juridiques, il ne reste naturellement que la première marque de l'Etat, l'essentielle, la seule vraie : la domination. Comme Seydel, comme Bornhak, comme Gumplowicz, M. Duguit la considère comme ce qui, seul, existe en réalité. « Mais une seule chose, dit-il, existe dans la réalité : une distinction entre les plus forts et les plus faibles, entre les gouvernants et les gouvernés » (2). Et plus loin : « Si l'on observe tous les groupes sociaux qu'on qualifie d'Etat, les plus civilisés et les plus complexes, on trouve toujours un seul fait, des individus plus forts que les autres,

(1) *Op. cit.*, p. 16.

(2) Duguit, *L'Etat*, p. 242.

qui veulent imposer leur volonté aux autres » (1). Or, c'est aussi l'idée de Gumplowicz. Après avoir fait des études très approfondies sur l'histoire de la plupart des nations civilisées européennes depuis les siècles les plus reculés jusqu'aux temps modernes, il conclut, lui aussi, à la distinction entre les forts et les faibles comme base unique de tout Etat. Les résultats définitifs de ses recherches historiques et sociologiques, il les a appliqués aux études juridiques pour la première fois en 1877. « Ceux qui dominent d'un côté, dit-il, et de l'autre ceux que l'on domine, les gouvernants et les gouvernés, tel est l'unique caractère, invariable et constant de l'Etat. Il n'y a pas eu, il n'y a pas d'Etat sans cette distinction. Si libéral que soit le régime qu'adoptent les républiques et les Etats libres, nous trouverons toujours, dans le passé, dans le présent et dans le futur, ce même caractère de tout Etat, profondément enraciné dans chaque communauté politique, fût-elle une despotie, une démocratie ou une république » (2). D'où vient cette différenciation entre forts et faibles ? Le nouveau livre du professeur Bunge fait intervenir ici la théorie de Darwin. Que l'on est allé loin dans les conceptions sociologiques de

(1) *Op. cit.*, p. 242-243.

(2) Gumplowicz, *Philosophisches Staatsrecht*, Wien, 1877, p. 16.

l'Etat ! Et ainsi nous serions obligés d'accepter cette explication très positiviste de Bunge, si l'on ne parlait pas déjà du discrédit dans lequel tombe la célèbre théorie. A la suite de Gumpłowicz, cet auteur conclut de même à la domination des plus forts. « La loi, dit-il, est l'expression politique de règles juridiques imposées plus ou moins consciemment par les classes dominantes pour conserver un état économique qui les favorise » (1). La théorie de M. Bunge se résume dans le titre même de la traduction française de son ouvrage et M. Emile Desplanque en paraît enthousiasmé : « Droit c'est la force ! s'écrie-t-il, c'est une véritable trouvaille de l'auteur ! » (2) Laissons de côté cette trouvaille de M. Bunge, en reconnaissant qu'il y a des raisonnements très intéressants dans ce livre. Mais il est malheureux que les résultats auxquels arrive M. Bunge ne puissent être utilisés par la science juridique dans la mesure espérée par l'auteur. Telle est du moins notre opinion. Voici par exemple sa conception du droit : « En résumé, dit-il, l'on peut dire que le droit comme Janus a deux visages, ou pour employer une comparaison plus scientifique et plus expressive qu'il

(1) C.-O. Bunge, *Le droit c'est la force*, Paris, 1910, p. 306 (trad. Em. Desplanque).

(2) *Op. cit.*, préface, p. 9.

a deux sexes comme tous les êtres organisés supérieurs. La croissance spontanée du droit est le sexe conservateur, le sexe féminin, où l'emporte la loi de l'hérédité ; la lutte pour le droit est le sexe masculin, où l'emporte la loi de l'évolution » (1). A première vue on reste quelque peu perplexe devant une semblable affirmation. Mais quand on la débarrasse des comparaisons trop scientifiques, ce qui en reste c'est la conception de Jellinek de la formation spontanée du droit, dont il sera parlé plus loin. Mais Jellinek explique la formation du droit sans se servir d'arguments d'ordre biologique, et nous croyons que sa manière de voir est vraiment celle d'un juriste.

Sans faire intervenir ici la théorie de Darwin, les deux auteurs qui nous intéressent plus particulièrement, Gumplowicz et Duguit, expliquent l'Etat de la même façon, comme nous l'avons déjà vu. Mais de ces deux auteurs, c'est Gumplowicz qui a consacré des études plus spéciales à cette distinction des forts et des faibles. Ce n'est pas notre tâche d'en donner ici un exposé plus ou moins détaillé. Qu'il suffise de dire que, selon lui, tous les Etats ne sont que des produits des conquêtes, des résultats plus ou moins définitifs de victoires

(1) *Op. cit.*, p. 218.

emportées par les plus forts sur les plus faibles ; l'histoire ne serait qu'une lutte permanente ; il n'y aurait pas que les clans, les hordes, les sociétés segmentaires à base de clan, les Etats qui auraient lutté les uns contre les autres : la lutte serait livrée aussi au sein même de ces communautés, plus ou moins organisées, entre les différents groupes qui les composent ; ce serait la lutte pour la domination, pour l'hégémonie d'un parti, d'une classe, d'un groupe social en général. « Ce que ce groupe veut, dit-il, l'Etat le veut ; sa volonté est la volonté de l'Etat même ; sa puissance la puissance même de l'Etat » (1). On a vu que c'est aussi l'opinion de M. Duguit. Mais la conception de Gumplowicz diffère tout de même sur un point de la conception de Duguit, mis à part le fondement philosophique de la théorie de celui-ci qu'il trouve dans la solidarité sociale, dont il a parlé plus loin, et que Gumplowicz trouve dans le bien-être général. La différence entre ces deux conceptions de la structure sociologique de l'Etat est la suivante : tandis que M. Duguit ne voit partout que des individus plus forts les uns que les autres plutôt que des groupements, Gumplowicz ne trouve que des groupements les uns plus forts que les

(1) Gumplowicz, *Allgemeines Staatsrecht*, p. 265. Cf. *Die Soziologische Staatsidee*, 1897, p. 55, du même auteur.

autres et qualifie d'atomistique toute théorie qui ne voit dans l'Etat que des individus (1).

Les groupements sociaux, d'une part, et, de l'autre, la lutte entre eux et la domination des plus faibles par les plus forts est, pour Gumplowicz, la seule réalité qui existe. De même que M. Duguit (2), il s'étonne lui aussi que cette réalité ait pu être méconnue par les juristes de l'Empire allemand. « Que tous les Etats européens, dit-il, reposent sur la conquête, est historiquement démontrable ; que ce fait, fondamental dans l'existence de tous les Etats, ait dû nécessairement avoir des conséquences durables pour leur manière d'être et leurs structures sociales, n'est que trop clair ; que, malgré ce fait capital, la science du droit public s'obstine à ne pas en tenir compte, est significatif pour l'Etat dans lequel elle se trouve » (3).

Quelles sont ces conséquences dont se serait ressentie la vie publique des Etats et dont la science juridique se refuse à tenir compte ? C'est tout simplement le droit public d'un Etat donné. Selon lui, ce droit porte incontestablement l'empreinte des plus forts (4). La formation même de

(1) *Ibidem*, p. 112, 116, 264-265.

(2) *Etat*, p. 241.

(3) *Allg. Staatsrecht*, p. 68.

(4) *Allg. Staatsrecht*, p. 16.

ce droit marque les phases de trêves survenues à la suite des compromis d'où les plus forts sortent avec la part du lion. La constitution n'est pour lui que l'expression juste des rapports de force entre gouvernants et gouvernés. Mais le droit formé ne met pas définitivement fin à la lutte ; il ne marque pas son point final, mais un simple arrêt ; c'est un armistice qui n'a jamais tardé à être rompu (1). L'histoire, dit-on, n'est qu'un commencement, mais pour lui elle n'est qu'un commencement de la lutte. Voilà pourquoi il trouve vaine la question de la justification de l'Etat (2) qui a tourmenté tant de grands esprits (3). L'Etat c'est tout simplement la domination des plus faibles par les plus forts ; c'est la domination même organisée (4). C'est aussi le cas de l'Etat moderne (5), qu'il désigne du nom de *Culturstaat* par opposition du *Rechtsstaat*, cette notion lui paraissant trop étroite pour exprimer l'idée de l'Etat moderne. Il l'appelle l'Etat de civilisation parce que, dans son idée, les groupements dominants doivent aujourd'hui em-

(1) *Ibidem*, p. 16-17.

(2) *Ibidem*, p. 63.

(3) V. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 177 et suiv.

(4) *Allg. Staatsrecht*, p. 34, 109, 204.

(5) *Ibidem*, p. 243.

ployer leur plus grande force dans un seul but : le bien-être général.

*
* *

Pour en finir avec l'idée-maîtresse que se font de l'État Gumplowicz et Duguit, ajoutons que les écrivains socialistes se sont emparés de leurs raisonnements sur la force réelle, qui serait à la base du droit public, pour appuyer leur thèse collectiviste. Ainsi le professeur *D^r Auton Menger* essaye de construire le droit public du futur État collectiviste qu'il oppose à l'État moderne ou l'État individualiste. La lutte des groupements sociaux de Gumplowicz a été trop facile à prendre, nous semble-t-il, pour la célèbre lutte des classes de Marx. Quoi d'étonnant si l'État moderne, — qui n'est que l'État de civilisation dans la pensée de Gumplowicz et l'État de solidarité sociale dans la pensée de Duguit, — change ici en État de force. « On pourrait désigner, écrit Menger, l'ordre public individualiste comme Etat dominant et commandant ou comme Etat de force ; par contre, on pourrait appeler l'ordre public socialiste l'État des masses populaires laborieuses ou l'État de travail populaire » (1). L'idée de solidarité sociale de M. Duguit et l'idée de bien-être géné-

(1) Menger, *Neue Staatslehre*, Jéna, 1902, p. 21.

ral de Gumplowicz, — deux idées qui, à notre avis, ne cadrent pas bien avec le fond des théories de ces deux savants professeurs, — disparaît complètement de la théorie de M. Menger : « Que l'État de civilisation actuel soit dirigé exclusivement sur la satisfaction des intérêts individuels des puissants, résulte clairement et avant tout du fait que l'activité étatique a pour premier but de confirmer et d'élargir la force des dominants » (1). D'après lui, le bien-être public est et a toujours été identique aux intérêts personnels et politiques de ceux qui dominent (2). « La souveraineté, dit-il, est la plus grande force réelle dans un État. La question de savoir à qui elle appartient dans un État donné n'est à résoudre que par une observation minutieuse de la situation d'ensemble de cet État, en tenant compte de son évolution historique ; la solution de cette question ne peut être tirée uniquement des lois qui, du reste, portent nécessairement l'empreinte de ce fait important » (3). Dans l'empire allemand et dans l'empire-royaume Autriche-Hongrie, la souveraineté appartient effectivement aux princes, pour la simple raison que

(1) *Ibidem*, p. 23, 57 et suivantes ; 201 et suiv., 240 et suiv., 249 et suiv.

(2) *Ibidem*, p. 56.

(3) *Ibidem*, p. 211.

jamais une révolution n'a pu réussir dans ces deux pays. Par contre, en Angleterre et plus particulièrement en France, la souveraineté appartient au peuple. « En France, dit-il, pays de révolutions heureuses et de coups d'État réussis, c'est la souveraineté nationale qui domine; mais dans la centralisation outrée de son administration et dans sa nombreuse armée se trouvent d'avance les conditions préalables de la souveraineté du Prince. C'est aussi le peuple qui est souverain en Suisse et aux Etats-Unis d'Amérique du Nord; mais il manque de moyens extérieurs nécessaires à un particulier pour s'emparer de la souveraineté » (1).

VII

A notre avis, l'idée de force ne peut être d'un grand intérêt dans une étude de l'Etat. Quelle est cette force? Le fait que dans une société et dans un sens déterminé les uns sont plus forts que les autres, est incontestable. Mais devant l'évidence que cette force n'est pas aujourd'hui la force brutale, qu'elle n'est pas non plus la force intellectuelle ni la force économique, — on a été amené à les admettre toutes en n'admettant aucune particulièrement. La notion de force est à notre avis

(1) *Ibidem*, p. 243.

nécessairement très vague. Appliquée à une théorie juridique, elle devient un élément destructif non seulement de toute construction juridique mais aussi de toute conception du droit en général. Elle est aussi très difficile à manier. On a vu que M. Menger attribuait au peuple la souveraineté qui domine en France : Il dit pourtant, quelques pages avant, que celui qui possède cette force réelle, cette puissance dominatrice, est, en république, chaque gouvernement respectif (1). Et par conséquent, on doute si c'est la nation, le peuple ou le gouvernement qui est réellement souverain. On pourrait dire, dans un certain sens, qu'il s'agit là de souveraineté de fait, ici de souveraineté de droit; mais admettre celle-ci, c'est déjà admettre une notion artificielle, un principe considéré par les juristes comme indispensable pour leurs constructions; le fait réel resterait primordial, mais non point capital pour une étude juridique, — chose qui n'est admise ni par Gumpłowicz, ni par Duguit, ni par Menger, ceux-ci ne tenant compte que des faits réels existants.

Une autre objection. M. Menger nous dépeint le futur Etat collectiviste et son droit public : nous y trouvons les deux Chambres et le Roi ! Il affirme

(1) *Op. cit.*, p. 203.

que les dynasties qui règnent actuellement sur les Anglais et Allemands peuvent elles-mêmes transformer leurs Etats en Etats collectivistes, en conservant leur pouvoir et continuant à régner en paix (1). Nous ne le contredisons pas. Mais alors qui sera « le plus fort », du roi, qui aura conservé son pouvoir souverain, ou du prolétariat, qui, conscient de sa force, deviendra classe dominante ? On voit qu'il est toujours nécessaire de faire le *distinguo* indispensable entre les notions juridiques et les faits tels qu'ils existent en réalité.

A notre avis, peu important les forces auxquelles le droit doit son existence. Dans le droit public, il ne s'agit pas de connaître les dessous « réels d'une constitution donnée, fût-elle écrite ou non ». Quand on nous dit que la constitution marque un armistice dans la lutte permanente des groupements sociaux, pourquoi continuer à nous entretenir des forces en présence, au lieu d'étudier l'armistice lui-même ? S'il y a un armistice, c'est qu'il y a des principes, des règles de conduite qu'il contient et qu'il impose. Il s'agit alors de savoir quelles sont ces règles. Dans une étude de droit, le point le plus reculé qu'un juriste pourrait prendre pour le point de départ, c'est le moment où le compromis

(1) *Ibidem*, p. 220-221.

se fait. Mais l'idée même de compromis exclut déjà l'idée de force telle que la conçoit l'école réaliste.

Les réalistes comme Gumplowicz, Duguit, Menger, etc., veulent aller jusqu'au fond des choses ; ce qu'il leur faut, c'est la réalité même ; le point de départ qu'ils préconisent, ce sont des faits réels. Or, s'il est un fait vraiment réel, c'est bien l'ordre public. Nous voyons chaque jour l'Etat, en la personne de ses organes, exerçant une activité dans les limites tracées par la loi, nous le voyons soumis au droit (théorie des recours), malgré sa toute-puissance. En lisant les livres comme celui de Gumplowicz on dirait que cet ordre public se maintient uniquement par la force. Dans son *Droit public général*, très intéressant et très vrai sur tout autre point de vue que celui du droit, une seule chose nous étonne : Si le droit n'est que l'expression même de la force, pourquoi introduire dans la science juridique la notion du droit ? A quoi bon parler des rapports juridiques quand ce ne sont que des rapports de force ? Et que signifient les mots suivants : « C'est d'un côté par la pratique prolongée et durable de cette force et de l'autre par sa longue tolérance qu'est créé petit à petit l'ordre juridique » (1) ? Que veulent-ils dire

(1) Gumplowicz, *Allgemeines Staatsrecht*, p. 260.

sinon que l'ordre imposé par la force se transforme en ordre juridique. Or, ou l'ordre juridique diffère de celui imposé par la force, et en ce cas qu'on nous fasse ressortir cette différence, ou il n'en diffère point et alors l'effet que Gumpłowicz attribue au temps, à l'exercice de la force et à sa tolérance n'est qu'une chimère. Mais affirmer que l'ordre public n'est qu'un ordre de force et en même temps prétendre que le temps le transforme en ordre juridique, c'est finir par se combattre soi-même.

Autre objection : Quand on dit que l'ordre public est maintenu par la force des plus forts, on pense sans doute qu'il se maintient de cette façon vis-à-vis des plus faibles ; mais on ne nous dit pas comment et pourquoi les plus forts respectent certaines règles de conduite dans leurs rapports mutuels. Le fait est incontestable. Pourtant ici les forces s'équilibrent plus qu'elles ne se combattent. On peut concevoir facilement qu'un simple particulier obéit à une loi craignant la force qui est derrière elle, mais le respect que les autorités publiques, civiles et militaires manifestent à son égard, a-t-il lui aussi le même mobile ? Nous en doutons. Si ce mobile n'est pas le même, n'y a-t-il pas lieu de le chercher aussi parmi les autres motifs qui déterminent les actes particuliers ? Voici bien des

questions que la notion seule de la force très vague du reste n'explique pas. Et cette notion est très vague, parce qu'elle varie suivant le cas déterminé où la force se manifeste. Tantôt, comme nous l'avons vu, c'est une force brutale, tantôt économique, tantôt intellectuelle, etc.

Une troisième objection : Dans l'ensemble de phénomènes sociaux l'école moderne allemande isole le droit et l'étudie sans s'occuper des liens qui le rattachent aux autres manifestations de la vie sociale; les constructions des auteurs qui appartiennent à cette école peuvent correspondre aux faits, mais restent toujours des artifices plus ou moins savants, plus ou moins utiles. Il est donc naturel qu'il y ait du désaccord parmi ces auteurs, leurs constructions, tout en s'appuyant sur la réalité, n'étant au fond que des opinions personnelles. Par contre, l'école réaliste rejette, et avec beaucoup de dédain, tous ces artifices; elle ne s'occupe que des faits réels. Il semble donc que ses partisans devraient se mettre d'accord sur les points principaux de leurs études. Or, il n'en est rien. Tandis que M. Duguit élimine complètement la notion d'État-personne en la remplaçant par la notion des plus forts, d'autres réalistes au contraire l'admettent. « En synthèse, dit Bunge, politiquement et sociologiquement, il y a lieu de reconnaître

à l'Etat une certaine personnalité! De même, juridiquement, il est une personne morale.... Devons-nous admettre, pour cela, contrairement à ce qui a été exposé au paragraphe 49, que l'Etat est un véritable *sujet de droit*, distinct du groupe d'hommes qui le composent? Si on analyse, au point de vue positif, la personnalité de l'Etat, on verra qu'il est toujours, — à la façon d'une corporation et comme je l'ai dit — une fiction. Cette fiction représente une certaine somme d'intérêts: les intérêts d'autorité du groupe gouvernant, les intérêts économiques de la classe dominante, les intérêts patriotiques de toute la population.... L'Etat est ainsi une somme d'intérêts plus ou moins concomitants. Derrière lui, il y a les hommes qui sont les véritables sujets de droit, ou ayants droit. *Mais nous ne devons pas oublier que, s'il est des cas où l'on puisse donner une certaine valeur réaliste à la création fictive d'une personne morale, l'un de ces cas est celui où la personne morale est l'Etat* » (1). On voit que les réalistes eux-mêmes ne reculent pas toujours devant les constructions artificielles. Et quand on s'engage une fois dans la voie d'abstractions, il est permis d'employer la méthode déductive plutôt qu'une autre, en laissant de côté

(1) *Op. cit.*, p. 264.

l'idée de force et les recherches juridico-sociologiques. A quoi sert le résultat auquel M. Duguit arrive, en employant la méthode d'observation ? « Notre doctrine, dit-il dernièrement, est ainsi réaliste et positive. Pour nous l'Etat est un simple fait ; et nous sommes tenté de dire que la conception de l'Etat-personne s'est substituée à la conception de l'Etat-patrimoine, de même la conception de l'Etat-fait doit se substituer à la conception de l'Etat-personne » (1). A vrai dire, nous ne voyons pas l'avantage de cette substitution : pour nous, l'Etat-fait dit beaucoup moins que l'Etat-personne. Nous irons même plus loin en disant que toute conception purement juridique de l'Etat est plus acceptable qu'une semblable conception réaliste. Dans la conception de l'Etat-objet de droit, dans celle de l'Etat-rapport de droit aussi bien que dans celle de l'Etat-sujet de droit, il peut être question d'une limitation de l'Etat juridique ou autres. Par contre, dans la conception de l'Etat-fait, la position même du problème est à notre avis impossible.

VIII

Nous avons épuisé, ou à peu près, sinon les théories, au moins les considérations qui identifient

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, p. 49.

l'Etat avec la puissance étatique. Nous avons vu qu'elles ont toutes à leur base l'idée de la force dont les gouvernants sont des détenteurs ou de véritables propriétaires. Mais nous ne devons pas oublier que d'autres théories, qui n'identifient pas l'Etat avec la puissance étatique, mais y voient simplement son caractère principal, conçoivent cette puissance aussi absolue que les théories les plus réalistes. Nous avons vu que Laband considère cette puissance comme capable de briser les volontés récalcitrantes. Pour être si habile il faut qu'elle soit au-dessus de toutes les autres ou, ce qui revient au même, qu'il n'y ait pas de puissance semblable au-dessus d'elle. Au début même de cette étude, nous disions que la notion d'une puissance aussi absolue, aussi indépendante, est incompatible avec l'idée de droit ? Pourquoi cette puissance absolue serait-elle incompatible avec le droit ? Pourquoi la plupart des auteurs allemands ont-ils été amenés à la reconnaître comme juridiquement illimitable ? Pourquoi les auteurs mêmes qui attribuent à l'Etat la personnalité *juridique* le considèrent-ils comme impossible à lier par le droit ? La réponse est très simple. Rappelons-nous le caractère négatif attribué par Laband à la puissance étatique. Il disait que la puissance dite souveraine n'a au-dessus d'elle-même aucune

puissance qui ait le droit de lui donner des ordres l'obligeant « juridiquement ». Si, donc, cette puissance est considérée comme juridiquement illimitable, c'est qu'il n'y a point de puissance qui puisse la *contraindre* à faire ou non un acte déterminé. Etre obligé « juridiquement » et être contraint par la force étatique, ce sont deux notions identiques, dans l'idée de Laband autant que dans celle de Ihering. Malgré toutes les réfutations faites jusqu'ici à une semblable conception du droit, on s'obstine toujours à voir dans la contrainte le caractère essentiel du droit. Sur ce point les considérations de Ihering sont toujours en faveur chez la plupart des auteurs. On connaît l'idée de Ihering : d'après lui, le droit ne serait qu'un système de buts sociaux assurés par la contrainte. Le droit c'est la règle de conduite établie par l'Etat sous sanction de la contrainte. Cette contrainte peut être physique ou psychologique. « Prenons d'abord, dit Ihering, le cas de la contrainte physique. Lorsqu'un bandit prend de force la montre et la bourse de sa victime, ce n'est pas l'action de celle-ci mais de celui-là. Mais si les menaces du bandit déterminent l'autre à lui céder la montre et la bourse, c'est la victime elle-même qui n'agit que sous l'influence de la contrainte

psychologique » (1). Selon Ihering, derrière chaque règle juridique se trouve une semblable force prête à intervenir. « La force, dit-il, pourrait, au besoin, se passer du droit et elle l'a effectivement prouvé. Par contre, le droit sans la force derrière lui n'est qu'un nom vide de réalité ; car c'est la force qui donne la vigueur aux normes juridiques et qui fait du droit ce qui est et ce qui doit être » (2). Il ne considère rien de plus juste que de définir le droit comme un ensemble de règles de contrainte. « Des normes établies par la société ne méritent le nom de droit que lorsqu'elles ont derrière elles la contrainte ou plutôt, étant donné, comme nous l'avons vu, que l'Etat en possède le monopole, lorsqu'elles ont derrière elles la contrainte étatique ; il est dit par là même que ce sont des normes dont l'effet est garanti par l'Etat, ce qui revient à dire que l'Etat est la source unique du droit » (3). Et plus loin : « Un impératif n'a du sens que dans la bouche de celui qui a la force d'imposer cette limitation à une volonté étrangère ; c'est la volonté du plus fort qui prescrit une con-

(1) Ihering, *Der Zweck und Recht*, Leipzig, 1893, I, p. 16.

(2) *Ibidem*, p. 253.

(3) *Ibidem*, p. 320.

duite, conforme au droit, à la volonté du plus faible » (1).

Nous voilà de nouveau en présence d'une force impossible à limiter par le droit étant donné que ce n'est que la volonté du plus faible qui est susceptible d'être limitée. Mais dans la pensée de Ihering, le respect du droit est dû aussi bien par celui qui possède la force que par celui qui lui est soumis. Comment le plus fort, en l'occurrence l'Etat, peut-il être limité par le droit ? Le droit, dans la conception de Ihering, comporte toujours la contrainte dont l'Etat a le monopole lui-même. Or, on ne peut pas se contraindre soi-même. « L'impératif adressé à soi-même, dit Ihering, est une *contradictio in adjecto* » (2). Ihering pourtant l'admet. Nous verrons plus loin que c'est avec Ihering qu'apparaît pour la première fois, à notre connaissance, l'idée d'autolimitation de l'Etat. Mais ces considérations sur la contrainte ont passé entièrement dans la littérature juridique allemande. Que tout le droit vient de l'Etat parce que l'Etat, seul, peut en assurer la réalisation, c'est une idée qui se trouve, à quelques exceptions près, chez tous les auteurs allemands.

Quelle est la critique qu'on adresse à la concep-

(1) *Ibidem*, p. 330-331.

(2) *Ibidem*, p. 332.

tion de Ihering ? La principale objection à faire ici est celle-ci : Une semblable conception du droit doit logiquement refuser le caractère juridique au droit international et à la plupart des lois constitutionnelles dont les normes ne sont pas susceptibles de sanction. En ce qui concerne les règles juridiques auxquelles la contrainte fait défaut, n'étant pas, comme dirait Laband, « erzwingbar », trois solutions sont possibles. En premier lieu, on pourrait dire que ces normes *juridiques* sont pourvues de sanctions *morales*. Mais, en ce cas, il y aurait lieu de se demander en quoi ces normes seraient-elles juridiques. C'est la réfutation complète de leur caractère juridique. Aussi Ihering lui-même refuse-t-il d'admettre cette solution. En second lieu, on pourrait rejeter la contrainte comme caractère essentiel des règles juridiques, solution absolument contraire à la théorie de Ihering ; aussi n'est-elle pas admise non plus par le savant auteur. Il reste la troisième solution qui est celle de Ihering : la contrainte reste le signe distinctif du droit, mais « son organisation se heurte ici à des obstacles insurmontables » (1). Malgré la très grande autorité du célèbre auteur, qu'il nous soit permis de dire que cette dernière

(1) *Ibidem*, p. 325.

solution ne cadre pas bien avec sa conception fondamentale du droit. En effet, la contrainte non-organisée, et qu'il n'est guère possible d'organiser, équivaut, dans son idée même, à la contrainte non-existante. Pour ceux qui admettent la conception de Ihering aussi bien que pour lui-même, la seule solution logique serait, d'après nous, la réfutation de la nature juridique des règles dépourvues de sanction. Aussi Zorn, pour ne citer que lui, est-il plus logique quand il dit qu'il n'existe pas un droit international, mais tout simplement le « droit étatique externe » (1). Le traité conclu entre deux Etats ne serait, d'après lui, qu'une convention de fait (pas de droit), un simple projet juridiquement non obligatoire jusqu'à ce qu'il soit ratifié dans les formes prescrites pour le droit étatique interne. Donc, pour Zorn, il n'y aurait pas de problème de la contrainte dans le droit international, aucune sorte d'autolimitation de l'Etat. Monarque, comme source du droit, est au-dessus de lui. C'est bien logique quand on part de l'idée que le droit n'est qu'un ensemble complexe d'impératifs que l'Etat adresse à ses sujets et dont l'exécution est assurée par la contrainte. Mais comment réconcilier cette conception du savant

(1) Zorn, *Die deutschen Staatsverträge*, dans *Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften*, Tübingen, 1880, p. 6.

professeur de Bonn avec ce qu'il dit lui-même dans son *Droit public de l'Empire allemand* : « Toutefois, une limitation de la souveraineté est possible dans ce sens que l'organe qui en est chargé se limite lui-même dans l'exercice des droits de la souveraineté : toute participation du peuple aux droits de souveraineté, à la législation, est, dans la monarchie, une limitation de la souveraineté... » (1). Pourquoi le monarque ne pourrait-il pas se limiter dans l'exercice de la souveraineté externe, puisqu'il peut le faire dans l'exercice de la souveraineté interne ?

Il résulte de ces développements que la réfutation du droit international s'impose aux auteurs qui admettent la conception de Ihering. Mais ces auteurs tombent dans des contradictions comme c'est le cas de Zorn. Cela nous fait réfuter la première solution, et avec elle nécessairement la conception de Ihering. Il ne reste donc que la seconde solution. A notre avis, elle est aussi la seule vraie. La contrainte n'est pas le « caractère essentiel » du droit; en elle-même, elle n'est qu'un impératif juridique comme n'importe quelle autre règle de droit; comme telle, elle n'implique pas à son tour une contrainte matérielle, mais en est le plus sou-

(1) Zorn, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Berlin und Leipzig, 1880, p. 48.

vent dépourvue; d'où il résulte que dans la conception d'Ihering l'acte même de contrainte étatique ne serait pas juridique n'ayant pas derrière lui, en définitive, une force qui assurerait son exécution. Cette idée a été relevée avec beaucoup d'énergie par la théorie de la norme. Le fondateur de cette théorie est *Binding*, suivi bientôt de *Bierling* et de *Thon*. Il est intéressant de connaître cette théorie sinon à fond du moins dans ses traits principaux. C'est dans le domaine du droit pénal qu'elle a vu jour. Prenons un article quelconque du code pénal. « Tout Français, dit l'article 75 du code pénal, qui aura porté les armes contre la France sera puni de mort ». Or, s'il se trouve un Français pour combattre sa patrie, on est porté de dire, et on dit généralement qu'il a violé la prescription de l'article 75 du code pénal. D'après *Binding*, il n'en est nullement ainsi : « Loin de là, dit-il, que le criminel viole la loi pénale en vertu de laquelle il va être jugé, il doit plutôt, pour être condamné, agir conformément à cette loi » (1). Donc, dans notre hypothèse, un Français, pour être puni de mort en vertu de l'article 75 du code pénal, doit, conformément à la disposition de cet article, porter les armes contre sa patrie. Rien de plus

(1) *Binding, Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1890 (2^e édition), p. 4.

logique. Mais à qui s'adresse l'impératif juridique contenu dans les mots : « sera puni, etc. » ? Nous dirions qu'il s'adresse au juge, aux autorités publiques en général. Binding ne l'admet pas (1). D'après lui, il n'y aurait ici qu'un seul impératif, celui qui est contenu implicitement dans la première partie de l'article précité; dans notre hypothèse le seul impératif serait : « Ne porte pas les armes contre ta patrie ! » (2). Il nous est impossible de rentrer ici dans les détails des raisonnements de Binding. L'étroitesse de sa conception a été remarquée par Thon qui, en étendant la théorie de la norme au droit privé, arrive à la définition suivante du droit en général : « Le droit positif tout entier d'une communauté n'est qu'un ensemble complexe d'impératifs qui se conditionnent, se sanctionnent les uns les autres en ce sens que la violation de l'un d'eux en met en œuvre un autre » (3). Un exemple : l'impératif « Tu ne dois pas tuer ! » s'adresse à tous ceux qui sont soumis à cette norme sanctionnée par le code pénal. Or, si le meurtre est commis, par là même entrent en jeu les autres impératifs juridiques adressés aux autorités publiques chargées de poursuivre, de

(1) *Ibidem*, p. 8-18.

(2) *Ibidem*, p. 36 et suiv.

(3) Thon, *Rechnorm and subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 8

juger et d'imposer aux meurtriers la peine encourue (1). Or, si les autorités n'obéissent pas, d'autres impératifs entreront en jeu. « Et cette chaîne des impératifs, dit Thon, aboutit nécessairement à un dernier et suprême impératif dont la violation demeure elle-même sans suite juridique » (2). En ce sens on pourrait même dire que le droit tout entier repose en définitive sur un impératif juridique *non sanctionné*. La plupart du temps, la chaîne des impératifs juridiques ne sera pas épuisée toute entière; un fait délictueux commis met en œuvre presque automatiquement une foule d'impératifs qui prescrivent la poursuite du délinquant, la mise en jugement, la déclaration de culpabilité, la condamnation et l'exécution du délinquant. Donc, pour que l'impératif juridique, qui s'adresse à un délinquant comme à tous les autres, soit vraiment sanctionné en cas de violation, il faut que nombre de personnes obéissent aux impératifs qui s'adressent à eux sous l'impulsion d'une contrainte purement psychologique. Voilà pourquoi, selon nous, Thon a parfaitement raison en disant que la contrainte ne constitue pas le caractère essentiel du droit (3).

(1) *Ibidem*, p. 8-10.

(2) *Ibidem*, p. 11.

(3) *Ibidem*, p. 7.

Il résulte de ces développements que chaque disposition légale accompagnée d'une sanction, contient, en effet, deux impératifs juridiques distincts : l'un s'adressant au sujet lui-même, l'autre aux autorités publiques. Ils sont liés l'un à l'autre en tant qu'ils se conditionnent, qu'ils s'appellent l'un l'autre (1). Mais tant que le premier ne sera pas violé, rien ne prouve que la mise en œuvre du second détermine celui auquel le premier s'adresse d'agir conformément à la pensée du législateur. En tout cas, il est impossible de dire qu'on obéit, pour cette raison, au second et, en général, aux impératifs-sanctions. Les raisons qui nous font respecter les impératifs juridiques sont multiples. Elles varient d'après la personne et les circonstances. Plus l'homme s'approche de l'*homo sapiens*, et plus il sera déterminé par l'unique crainte des suites juridiques d'un acte illégal, lesquelles se traduisent, pour lui, presque toujours dans une souffrance physique. Il est donc évident que les châtimens corporels influencent beaucoup plus les gens sur qui d'autres raisons n'ont point de prise. D'où le maintien des peines corporelles jusqu'à nos jours en Angleterre et leur retour en Danemark.

(1) Cf. Tanon, *L'Evolution du Droit*, Paris, p. 151 et suiv., qui accepte entièrement la doctrine de Thon,

La contrainte a donc pour but de déterminer des actes conformes à l'impératif exprimé dans la disposition légale. Mais d'autres formes sociales (presse, littérature, etc.) ont le même but, et on pourrait dire avec Jellinek, qui se sépare, sur ce point, aussi de l'opinion généralement admise d'outre-Rhin, « qu'il y a, l'Etat mis à part, d'autres puissances sociales offrant aussi des garanties essentielles pour l'application des normes juridiques » (1). Le savant professeur de Heidelberg se refuse de considérer les normes juridiques comme de simples règles de contrainte. « Ce n'est donc pas, dit-il, la contrainte, mais la garantie dont la contrainte n'est qu'un mode, qui est une marque essentielle de la notion du droit. Les normes juridiques sont plutôt des normes de garanties que des règles de contrainte » (2). On verra plus tard comment s'explique, dans la pensée de Jellinek, la force d'application de ces normes de garanties. Qu'il suffise, pour l'instant, d'indiquer que, d'après Jellinek, la contrainte et la garantie en général agissent le plus souvent comme une force compulsive. « Un droit, dit-il, est garanti lorsque la force motivante de ses prescriptions est fortifiée par une force sociale psychologique, de telle sorte

(1) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 327.

(2) *Ibidem*, p. 328.

qu'est légitime l'attente, que cette règle soit en mesure de s'imposer comme principe d'action contre des motifs individuels contraires » (1). La plupart du temps c'est la contrainte psychologique, dont les causes varient à l'infini, qui détermine un acte légal. D'où il résulte que toute contrainte est une sorte d'autocontrainte. Aussi croyons-nous que c'est là où se trouve le germe de la théorie de l'autolimitation de Jellinek.

Aussi nous croyons avoir démontré qu'il n'est plus possible de considérer la contrainte comme marque essentielle du droit. Par là même la notion de la puissance étatique comme une puissance absolue ne nous paraît plus aussi indispensable qu'on le croit généralement dans la littérature juridique allemande. Tout au contraire, nous la considérons non seulement comme incompatible avec l'idée même de droit, mais aussi comme dangereuse à tous les points de vue. A notre avis, l'unique cause qui fait se mettre presque tous les auteurs allemands en contradiction avec eux-mêmes, est la conception inexacte de la puissance étatique. Nous le ferons ressortir encore mieux dans le chapitre suivant.

(1) *Ibidem*, p. 326.

CHAPITRE II

La conception juridique de l'Etat.

La domination de l'Etat comme notion juridique. — La conception de la notion juridique dans la théorie régnante de l'école allemande et ses racines philosophiques. — Les conceptions juridiques de l'Etat de Jellinek. — Système anglais. — L'Etat-personne morale. — La notion d'unité de l'Etat.

I

L'Etat-puissance publique et l'Etat-personne morale, telles sont les deux notions fondamentales de la conception moderne de l'Etat. Dans le chapitre précédent, nous nous sommes occupé presque exclusivement de la première. Nous avons vu quel est le contenu de cette puissance, telle que la conçoit la théorie dominante de l'école allemande. Ce contenu, c'est l'habileté absolue de commander et au besoin de briser les volontés des récalcitrants. On dirait qu'il s'agit ici, sinon d'une force brutale, au moins d'une force capable d'imposer à tout prix et *par elle-même* la volonté de ceux qui la détiennent. C'est en effet la conception

de Gumplowicz et de ses partisans. Dans la conception de la théorie dominante allemande il ne s'agit pas de cette force là, d'une « Gewalt schlechthin » diraient les auteurs allemands. Pour les nombreux partisans de l'Etat de droit, « du Rechtsstaat, » il s'agirait uniquement d'une puissance s'exerçant toujours dans les limites légales et par conséquent d'une puissance éminemment juridique. La force des plus forts de M. Duguit s'exerçant la plupart du temps en conformité avec la solidarité sociale, peut être conçue elle aussi comme une force juridique. Mais tandis que, pour les partisans du Rechtsstaat, la puissance de l'Etat resterait juridique quand bien même elle commettrait une injustice évidente, pourvu qu'elle observe les formes prescrites, il n'en est nullement ainsi dans la conception de M. Duguit. Dans la première conception, il n'y a point de lois injustes ; dans la seconde, il peut y en avoir de contraires à la solidarité sociale, et, par là même, illégales. On sait que, pour ce cas, M. Duguit déclare légitime le droit de chacun à la révolte contre les gouvernants. Mais comme il est impossible de savoir — les conflits sociaux actuels le prouvent bien — si un acte des gouvernants est conforme ou non à la solidarité sociale, on ne saura jamais si une révolte est légitime ou non. Ce qui plus est, on est plutôt

porté à admettre le droit absolu du gouvernant à la répression de la révolte, même quand elle apparaît comme la plus légitime possible.

Tous les partisans du Rechtsstaat, à quelques exceptions près, admettant le contenu de la puissance étatique, tel que nous l'avons exposé, il en résulte, comme nous le verrons plus loin, que, dans cette conception même, il reste *théoriquement* impossible de limiter l'Etat par le droit.

Tout d'abord, nous arrivons ici à la seconde notion fondamentale qui sert de point de départ à la théorie dominante de l'école allemande, c'est-à-dire à la personnalité de l'Etat.

Si la puissance étatique est considérée comme une puissance juridique, c'est qu'elle consiste dans un ensemble de *droits*. Or, les partisans de la théorie dominante dans le droit public ne sont point les partisans des droits sans sujets. Comme on ne veut pas, d'une part, les attribuer à une personne physique, de crainte de ne pas tomber dans ce qu'on appelle l'erreur de l'ancienne théorie de l'Etat-objet, et comme, d'autre part, on était sorti, ou presque, d'une autre erreur, celle de ne considérer comme sujet de droit qu'un être humain, on les attribue à l'Etat-personne morale. Et c'est ainsi, comme nous l'avons déjà vu, que s'est effectuée la transposition des principes du droit privé

dans le domaine du droit public. C'était un pas de plus vers l'unité du droit, mais c'est aussi par là que la doctrine dominante et sa méthode juridique se sont vues attirer les reproches (voir *infra*) de traiter trop *civilement* le droit public. Nous avons vu aussi que le principal artisan de la nouvelle conception de l'Etat, Laband, se défendait d'avoir opéré une simple transposition de principes, en affirmant qu'il a « dépouillé » les principes en question de tout ce qu'ils contenaient de « civil ». A vrai dire, ce dépouillement est plus apparent que réel. *Mutatis mutandis*, le savant professeur a fait de ces droits de domination la propriété exclusive de l'Etat-personne morale. De ce bien, Leviathan jouit d'une manière aussi absolue qu'un simple particulier du sien ; c'est un *ius utendi, fruendi et abutendi*. C'est tellement vrai que, dans la traduction française du remarquable ouvrage de Laband, revu par M. Jèze et O. Meyer, nous trouvons le mot même de propriétaire de la puissance publique. « Il s'ensuit de là, y est-il dit, que, dans une confédération d'Etats basée sur le droit international, les membres sont eux-mêmes les *propriétaires* de l'autorité suprême, etc. » (1).

(1) *Op. cit.*, I, p. 102.

II

Il s'agit de voir maintenant par quelles considérations théoriques la doctrine dominante allemande explique la personnalité de l'Etat. Aussi importe-t-il de voir quelle est la théorie de la personnalité morale adoptée par la nouvelle école. Il nous semble bien, à nous, qu'à ses débuts cette école avait bien adopté la théorie de la fiction. Aujourd'hui ce n'est pas par fiction, c'est par abstraction que l'on explique la personnalité de l'Etat, et c'est la théorie de la corporation rapprochée de celle de l'*organe*, qu'on applique à l'Etat. Sur tous ces points, les développements de Jellinek et de Laband sont d'une très haute importance (1).

D'après Jellinek (2), l'Etat, régi par le droit, étant son gardien et son créateur, doit nécessairement avoir sa place dans le droit même ; en d'autres termes, il doit y avoir une conception *juridique* de l'Etat. Les substratum des notions juridiques sont des phénomènes sociaux objectifs se reflétant dans le sujet même ; le droit ayant toujours pour but d'être appliqué aux faits réels, ce sont des faits réels qui doivent lui servir de point de départ.

(1) Cf. Michoud, *op. cit.*, p. 94 et suiv.

(2) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 155 et suiv.

Mais ne nous trompons pas : les faits réels ne sont pas les notions juridiques elles-mêmes. Ce ne sont que des abstractions obtenues des règles juridiques données et qui nous servent à grouper une foule de règles sous un seul point de vue. Voilà pourquoi on ne connaîtra jamais par des notions juridiques l'être réel, mais uniquement les normes destinées à être réalisées par des actes humains. A ces notions juridiques, en tant que telles, ne correspond aucune réalité en dehors de nous. En dehors de nous, il y a des choses matérielles, mais non point des choses au sens juridique : en dehors de nous, pas de propriété, pas de possession. Ce n'est que par des abstractions obtenues des relations des hommes aux choses du monde extérieur et d'homme à homme, — relations régies par le droit — que se forment les notions juridiques. Des normes qui régissent les rapports des hommes aux choses on déduit la notion de propriété et de possession. Propriété et possession ne sont jamais, à l'encontre de la conception populaire, des choses palpables ni visibles, mais uniquement des relations entre une chose déterminée et les normes destinées à la régir.... Les notions juridiques ne sont nullement des fictions, elles ont leur fondement solide dans un monde donné, le monde des normes juridiques. La fiction, si fiction il y a,

n'est, d'après Jellinek, qu'un moyen destiné à faciliter une construction et à étendre l'application d'une norme juridique au delà de son but primordial. Ce n'est qu'en appelant fiction toute représentation existant dans notre esprit, par opposition au monde matériel, qu'on pourrait l'identifier avec l'abstraction, mais dans ce cas-là toute la science ne serait qu'un ensemble de fictions.

A l'encontre de ce que demandent les réalistes Gumplowicz, Duguit, Jèze, Menger, et autres, la science juridique ne se propose pas, d'après Jellinek, de connaître ce qu'est réellement l'Etat, mais tout simplement de faire l'Etat juridiquement concevable, c'est-à-dire de trouver une notion qui expliquerait, sans se contredire, toutes les propriétés juridiques de l'Etat. Il est vrai que la conception de l'Etat tel qu'il existe réellement doit être mise à la base de sa conception juridique, mais il serait, d'après lui, inadmissible de confondre ces deux conceptions. C'est précisément dans cette erreur là que seraient tombés les adversaires des fictions dans la science du droit public.

Il est facile de reconnaître la méthode juridique dans ces développements de Jellinek et il serait très intéressant de montrer les liens qui les rattachent à la philosophie allemande en général et à celle de Hegel en particulier. C'est de là que fut

prise l'idée que les conceptions juridiques, ou, pour simplifier, les droits n'existaient point en dehors de notre Moi. C'est là où prend naissance la notion de droit subjectif tel que le conçoit actuellement l'école allemande. C'est aussi là que cette école a pris sa notion fondamentale. Quand Jellinek dit que l'Etat doit avoir sa place dans le droit même, dont il est conservateur et créateur (1), il ne fait qu'accepter l'idée de Hegel qui protestait énergiquement contre l'explication juridique de l'Etat par un droit au-dessus de lui et à lui préexistant (2). C'est Hegel qui prétendait que le fondement de la puissance étatique, c'est-à-dire de l'Etat lui-même, devait être cherché dans le droit positif d'un Etat donné (3). La manière d'isoler pour mieux étudier qu'adopte la méthode juridique allemande est aussi celle de Hegel. C'est aussi elle que Jellinek suit lorsqu'il sépare l'Etat en-soi, de l'Etat notion juridique (4).

Une étude approfondie sur ce sujet donnerait probablement des résultats très intéressants, sans amoindrir, en quoi que ce soit, les mérites des auteurs juridiques allemands. Ni les cadres limités

(1) Hegel, *Rechtsphilosophie*, p. 103 et suiv.

(2) *Op. cit.*, p. 155.

(3) *Ibidem*, p. 307.

(4) Hegel, *Grundrisse der Philosophie des Rechtes*, Werke, 2^e éd., p. 423 et suiv.

de cette thèse, ni le temps ne nous permettent de nous engager dans cette voie. Mais nous reconnaissons que ce n'est peut-être qu'en pleine connaissance de la philosophie allemande que l'on pourrait bien comprendre toute la profondeur des développements de Jellinek et le juger à son véritable mérite.

L'exemple de Jellinek a été suivi par une foule d'auteurs. « Prenons d'abord, écrit M. Esmein, la notion de la personnalité de l'Etat, à laquelle l'auteur, M. Duguit, semble particulièrement en vouloir et qui nous apparaît au contraire comme la notion la plus élevée qu'ait dégagée le droit public moderne, car elle implique..... Que lui reproche-t-on, sinon d'être une pure fiction légale ? Et moi-même je le proclame. Mais les fictions légales traduisent parfois les réalités les plus hautes, qui, pour ne pas tomber sous les sens, n'en existent pas moins (1). Nous ne comprenons pas comment le savant professeur, après s'être mis absolument d'accord avec les conceptions germaniques, ait pu écrire quelques pages plus loin : « Enfin, dit-il, quant à la règle de droit et surtout à la situation juridique subjective, ce sont des abstractions germaniques qui pénétreront difficilement dans les

(1) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, 1906, p. 34.

cerveaux français » (1). D'autant plus que, sur plusieurs points et des plus importants, les théories allemandes ont leurs racines dans les conceptions purement françaises — telle la notion de souveraineté — et arrivent souvent aux mêmes résultats — telle la reconnaissance à l'individu d'une certaine sphère sur laquelle l'Etat ne peut empiéter. Sauf quelques théories vraiment bizarres mais toujours compréhensibles, les conceptions germaniques n'ont rien qui soit de nature à rentrer plus difficilement dans des cerveaux autres que germaniques.

III

D'après Jellinek (2), on peut concevoir l'Etat juridiquement des trois manières suivantes : L'Etat peut être, au point de vue juridique, ou l'objet ou la relation ou le sujet de droit. De ces trois conceptions juridiques il admet la dernière. Voici pourquoi : Concevoir l'Etat comme objet est tout à fait impossible, vu les conséquences qu'entraîne inévitablement une telle conception de l'Etat. Car, dit Jellinek, tout objet du droit suppose un sujet; or, ce sujet ne pouvant être autre que le gouver-

(1) *Ibidem*, p. 38.

(2) *Op. cit.*, p. 757 et suiv.

nant, on aboutirait à briser l'unité de l'Etat et à lui opposer un de ses propres éléments. Par conséquent, la reconnaissance des particuliers comme sujets de droit ne serait guère possible. Une semblable conception juridique de l'Etat aboutit en définitive à l'ancienne conception de l'Etat patrimonial.

Nous avons déjà eu l'occasion de nous occuper de cette conception dite patrimoniale de l'Etat. Qu'il nous soit permis ici de dire que Jellinek ne considère pas cette théorie comme non juridique. Historiquement, c'était la première conception juridique de l'Etat; logiquement, c'est la première qui se présente à l'esprit. Mais c'est aussi la première qu'il faut rejeter, pour la plupart des Etats d'aujourd'hui, en raison des dangers qu'elle implique actuellement. Pourtant, si l'on se souvient des droits de *propriété* sur la puissance publique que Laband attribue à l'Etat, on voit bien toute la subtilité des doctrines allemandes. Nous avons déjà vu que la conception de l'Etat-objet ne diffère pas de celle de l'Etat-sujet autant que l'on croit. Aussi l'argument de Jellinek qu'il fait valoir contre cette conception ne nous satisfait-il pas. « Une pareille explication juridique de l'Etat, dit-il, ne pourrait nous suffire qu'en cas où serait démontrée l'existence d'un ordre juridique sur-étatique duquel

le Herrscher tiendrait ses droits de domination sur l'Etat-objet » (1). Si l'ordre juridique existant se trouve au-dessus de l'Etat, comme on pourrait le supposer en se fondant sur l'affirmation même de Jellinek que l'Etat a sa place dans le droit même, il y a lieu de se demander si l'hypothèse, indémontrable dans la pensée de Jellinek, ne se trouve pas donnée par l'état de choses existant. Si, au contraire, l'Etat reste au-dessus du droit, et par conséquent au-dessus de l'ordre juridique existant, il pourrait, avec la volonté qu'on lui suppose, disposer de nous aussi bien que le faisait Robinson Cruséo des choses qui l'entouraient et dont il ne disposait pas en vertu d'une loi.

Du reste, le savant professeur rejette cette conception de l'Etat en raison des conséquences dangereuses qu'elle entraîne. C'est le même procédé qu'il adopte à propos de sa théorie de l'autolimitation. Mais tout danger qui puisse résulter d'une semblable conception de l'Etat ne peut l'être qu'au point de vue pratique. Or, pour éviter les conséquences fâcheuses, il faut plier la logique ou changer les prémisses du point de départ, la plupart du temps c'est la première qui est sacrifiée. Scientifiquement, — et c'est de la science pure que se

(1) *Op. cit.*, p. 159.

réclament toutes les doctrines allemandes, — il est impossible de rejeter une théorie aboutissant à de telles conséquences inadmissibles. En l'occurrence, cela suppose non point que la théorie de Seydel ne soit pas exacte, mais qu'il soit dangereux de l'admettre. Or, il ne s'agit pas ici d'établir un principe pour lui faire produire des conséquences voulues, mais de lui donner un fondement solide résultant de la réalité des choses. Nous sommes bien loin de la théorie de Gumplowicz et des autres réalistes, mais s'il est vrai, comme c'est dans la pensée même de Jellinek, qu'à la base de la conception juridique de l'Etat doit être mise la conception de l'Etat tel qu'il existe réellement, c'est donc dans cette dernière qu'il faut chercher le fondement des principes qu'on suppose préétablis dans les constructions juridiques. Car s'il y a vraiment des liens entre le monde réel et le monde juridique, c'est bien ici qu'il faut le faire ressortir.

IV

Jellinek rejette aussi la deuxième solution, bien qu'elle lui paraisse à première vue la seule vraie (1). En effet, il semble bien, comme il le fait remarquer, que l'État n'est qu'un ensemble de re-

(1) *Op. cit.*, p. 160 et suiv.

lations juridiques entre gouvernants et gouvernés. Mais cette solution, ne pouvant expliquer l'unité et la continuité de l'Etat, ne le satisfait point, étant donné qu'avec chaque changement de personne il y aurait une nouvelle relation. Comment expliquer par une semblable théorie l'existence juridique de l'Etat, laquelle est, d'après Jellinek, celle d'une personne juridique d'une même volonté? Au surplus, une pareille théorie suppose un ordre juridique sur-étatique, c'est-à-dire une hypothèse qui est indémontrable dans la pensée de Jellinek.

Aussi, cette théorie qui dissout l'Etat en autant de relations qu'il y a de gouvernants et gouvernés, est-elle pratiquement inadmissible. Elle aboutit, au point de vue international, à considérer une relation juridique comme un sujet de droit, ce qui est absurde : une relation juridique ne pouvant déclarer la guerre ni conclure de traités. L'Etat fédéral serait, d'après elle, un véritable non-sens. En vertu de l'article 76 de la constitution de l'Empire allemand, c'est le Conseil d'empire qui est appelé à statuer dans les conflits qui pourraient naître entre les Etats membres. Or, dit Jellinek, il ne se peut pas qu'une relation juridique entre en conflit avec une autre et qu'une troisième soit appelée afin d'en décider.

Malgré toute l'autorité du savant professeur, il

nous est impossible d'accepter ses raisonnements, Quant Jellinek dit qu'au point de vue pratique cette conception de l'Etat est inadmissible, il se voit démentir par la pratique même. On sait que la pratique anglaise n'a jamais eu d'autre conception de l'Etat que celle trouvée par Jellinek pratiquement inadmissible. En Angleterre, on n'a jamais considéré l'Etat comme personne morale, même pas l'Etat-fisc. Par conséquent, il n'y a, d'après *Hatschek*, ni des droits *subjectifs* publics appartenant à l'Etat, ni des droits subjectifs publics contre l'Etat (1). Il n'y a là que les droits subjectifs entre les organes de l'Etat eux-mêmes, d'une part, et de l'autre, entre ces organes et les particuliers.

A notre avis, le système anglais est une réponse éclatante aux objections de Jellinek ; il est juridique par excellence et complètement suffisant. Voilà un système qui a subsisté durant des siècles et qui montre toujours la même vitalité. Une confusion des droits appartenant à l'Etat et de ceux appartenant à son chef n'est à craindre ici ni au point de vue du droit interne, ni au point de vue du droit externe. Une construction juridique comme celle de *trust* y remédie complètement. Que la

(1) Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, Tübingen, 1905, I, p. 80 et suiv.

réussite du système de *trust* soit due à l'esprit libéral de la race anglo-saxone, comme le pense M. Michoud (1), nous l'admettons : pour qu'un système juridique réussisse pratiquement, il faut bien qu'il corresponde à l'esprit du peuple auquel il est appliqué. Mais il nous est impossible d'admettre, avec le savant professeur, qu'il soit « une traduction juridique peu exacte de la réalité ». Il correspond, en effet, à toutes les conditions exigées par Jellinek pour une conception juridique. Celle-ci n'étant jamais la réalité même, il ne s'agit ici que de grouper en un seul tous les phénomènes sociaux réels par un principe juridique. Or, si les manifestations juridiques de l'Etat demandent un principe pour être expliquées et ramenées à une seule source, elles peuvent l'être aussi bien avec le principe de *trust* qu'avec celui de personnalité morale. La preuve en est fournie par l'histoire du droit anglais. Le fait que ce principe conduit, en théorie, à des absurdités comme celles démontrées par Jellinek, ne prouve qu'une chose : c'est qu'en *théorie* on peut toujours aboutir à de semblables bizarreries, tout en pensant logiquement. La théorie de l'énumération du professeur Arndt, dont nous nous occuperons plus loin nous le démontre. Au

(1) *Op. cit.*, p. 31, n° 1.

moyen des déductions logiques poussées jusqu'aux extrêmes conséquences avec la minutie propre aux auteurs allemands, on arrive, et on est arrivé souvent, à des résultats surprenants. Plus on pousse la déduction, et plus on s'écarte de la réalité, étant donné que ce n'est que le point de départ qui doit avoir son fondement direct dans l'état réel des choses. Et si l'on généralise les résultats ainsi obtenus, on devient souvent dupe de sa propre méthode. C'est ce qui est arrivé à Arndt. Loin de nous la pensée de nous attaquer à l'autorité de Jellinek, de son disciple Hatschek, de M. Michoud et tant d'autres, mais il nous semble que le principe de trust n'est ni plus artificiel ni moins utilisable que le principe de personnalité morale. L'utilité incontestable de ce principe, de l'avis même de M. Michoud, a été suffisamment démontrée par M. Maitland (1).

Les trois conséquences que Hatschek déduit du système anglais (2) ne nous paraissent nullement dangereuses pour le droit anglais. Tout au contraire ! Que l'Angleterre manque d'un système de droit public, qu'elle en ait toujours manqué, cela

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 12, 31, n° 1. L'article de M. Maitland paru dans *Grünhut's Zeitschrift*, t. XXXI, 1904, sous le titre de : *Trust und Korporation*, V. p. 42 et suiv.

(2) *Op. cit.*, p. 81.

est possible. Mais il n'en est pas moins vrai que c'est en Angleterre que la justice court le moins de danger, et c'est par la mesure de justice réalisée que l'on juge les vertus d'un système juridique. Aussi nous semble-t-il un peu excessif de souligner ce manque de système de droit public anglais. A notre avis, ce défaut est plus apparent que réel. Car, en fait, qu'est-ce que le droit public? « Le droit public, dit Jellinek, est le droit qui réglemente l'organisation de l'Etat et ses rapports avec les membres qui le composent » (1). Son caractère essentiel est de s'occuper des relations juridiques dont un sujet est investi de puissance étatique. C'est en cela que, d'après lui, le droit public diffère du droit privé (2). Or, ces conditions se trouvent réunies aussi bien sur le terrain anglais que dans les pays allemands ; il y a là, aussi bien qu'ici, une organisation, une puissance publique et des rapports en question ; ces rapports sont nécessairement réglementés par le droit. Si ce droit coïncide, dans ses principes fondamentaux, avec les principes de *common law*, cela ne prouve pas son inexistence, et quant à la justice elle y gagne incontestablement. Laband lui-même ne dit-il pas, comme nous avons vu au début de cette

(1) Jellinek, *System*, p. 9.

(2) *Allgemeine Staatslehre*, p. 372.

étude, qu'il y a des principes généraux du droit « applicables aussi bien au droit public qu'au droit privé » ? Nous ne pensons pas qu'un abîme infranchissable sépare le droit privé du droit public. « Qu'on n'oublie pas, de grâce, dit M. Larnaude, la différence qui sépare et séparera toujours l'Etat et en général les êtres collectifs de l'individu, qui séparera par conséquent les théories du droit public de celles du droit privé ! L'avenir de notre discipline est à ce prix ! » (1). Il nous est impossible de nous mettre d'accord sur ce point avec notre éminent maître. Sans entrer dans les détails de cette question, nous nous en rapportons à l'article de M. Franz Weyr (2), qui se voit obligé de reconnaître qu'il n'a jamais pu saisir la différence entre la personne juridique de droit privé et celle de droit publique (3). Nous n'avons qu'à nous joindre à l'aveu de M. Weyr.

Le manque de droit public anglais dont parle Hatschek ne peut donc être que le manque d'un système de droit public tel qu'il existe sur le continent avec toutes les particularités qu'il présente et que différents auteurs lui supposent. Mais avec

(1) Larnaude, Préface au *Droit public de l'Empire Allemand* de Laband, I, p. XV.

(2) Weyr, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, Bd. XXIII (1908), p. 549 et suiv.

(3) *Ibidem.*, p. 555

le système de la Couronne-trustee on arrive aux mêmes résultats qu'avec le système de l'Etat-fisc, ou si on n'admet pas le dédoublement de la personne étatique, avec l'Etat-personne morale. Il est fort probable qu'un pareil système se soit développé grâce à la bonne volonté des juges anglais, qui auraient toujours refusé de regarder ce qu'il y a sous l'enveloppe ou derrière le rempart du trust (1), mais ce qui ne l'est guère c'est qu'il se maintienne par cette même volonté. Il est tellement enraciné dans la pratique, que la bonne volonté des juges n'y fait plus rien. Ce système, nous le répétons, n'est ni plus artificiel ni moins juridique que le système basé sur la personnalité morale, — si l'on se tient sur le terrain des constructions juridiques et de leur utilité au point de vue pratique. Et c'est précisément le cas des jurisconsultes allemands.

V

Nous avons vu que, d'après Jellinek, il y avait trois manières de concevoir l'Etat juridiquement. Le savant professeur a réfuté les deux premières pour des raisons exposées plus haut. Il est donc naturel qu'il admette la dernière comme la seule

(1) Michoud, *loc. cit.*

vraie : c'est la conception de l'Etat-sujet de droit. Cette conception juridique de l'Etat, très en faveur aujourd'hui, demande des explications un peu plus détaillées.

Ce sont, on le sait, Albrecht et Gerber qui, les premiers, ont commencé à concevoir l'Etat comme une personne morale, sujet de droit. Du temps de Gerber, ce n'était qu'une affirmation, mais une affirmation qui eut énormément du succès. De l'Etat-organisme social, encore aujourd'hui défendu par Gierke et Preuss, on a passé à l'Etat-organisme éthique dans la *Théorie des droits publics subjectifs* de Gerber ; puis, avec Albrecht et Gerber, à l'Etat-personne morale. Ce *gradatim* explique, peut-être, le succès de la dernière conception de l'Etat. La théorie de Gerber a exercé, sur ce point, une influence profonde sur l'école allemande et sert toujours de point de départ à sa théorie dominante. Jellinek va plus loin en affirmant avec beaucoup d'énergie, qu'elle est devenue « irrévocablement » le point de départ de toute l'étude juridique de l'Etat. Qu'elle le soit devenue « irrévocablement », il est permis d'en douter, mais qu'elle le soit actuellement, ce n'est que trop vrai, si on fait abstraction du système anglais.

Quel est l'ordre d'idée logique qui nous permet de concevoir l'Etat comme un sujet de droit ? La

notion de sujet de droit ne désigne pas, d'après Jellinek (1), une particularité réelle de l'homme. Ainsi que toute autre notion juridique, elle n'est, au fond, qu'une relation. Le sujet dans le sens juridique du mot, ne veut pas dire un être réel, une substance, mais une capacité créée par l'ordre public. Lorsque l'on dit que l'homme est sujet de droit, on entend par là une relation entre lui et l'ordre juridique. Il est vrai que la capacité juridique, conférée par l'ordre public, est généralement supposée chez l'être humain, pour la simple raison que tout droit n'est qu'une relation entre hommes. Mais il n'est nullement contraire à la logique d'étendre la conception du sujet de droit à un groupe d'hommes, à une collectivité. C'est ici même qu'il faut rattacher la conception juridique de l'Etat à sa conception comme phénomène réel de la vie sociale. Or, du moment que l'Etat est une unité d'homme, que cette unité n'est pas une fiction, mais une forme de synthèse indispensable à notre esprit, — et on trouve cette synthèse à la base de toutes nos institutions, — il est évident que ces collectivités sont capables d'être sujets de droit aussi bien que les individus. Par conséquent, ériger en sujet de droit une telle

(1) *Allgemeine Staatslehre*, p. 163 et suivantes.

collectivité, ce n'est pas créer la fiction d'une substance inexistante, que l'on voudrait ensuite déclarer l'être réel, ayant une existence réelle et se rattachant comme tel à l'ordre juridique. Qui plus est, raisonne Jellinek, poursuivant une idée très juste, toutes les unités que le droit érige en sujets existent exactement de cette même façon. Il est naturel que l'être humain paraisse à un naïf comme une unité ayant sa substance et toujours identique à elle-même, tandis qu'en réalité elle change à chaque instant. L'enfant devient vieillard en changeant au point de vue physique aussi bien qu'au point de vue psychique. Et ce n'est qu'une suite d'états ininterrompue que la vie interne et externe de l'être humain offre à l'observation scientifique. Par un système, propre à notre esprit, l'ensemble des états physiques et psychiques est conçu comme une unité, celle de l'individu, sans que l'on puisse affirmer qu'elle ait positivement une existence réelle en dehors de notre conscience. Car, dit Jellinek, affirmer l'existence réelle d'un *moi* qui survit aux actes se succédant sans cesse, affirmer l'existence d'un support de tous les changements physiques et psychiques, c'est déjà émettre une idée métaphysique scientifiquement indémontrable..... « L'individu, conclut Jellinek, est physiquement et moralement une

unité téléologique et par là même une unité subjective, c'est-à-dire une unité pour notre conscience, mais dont l'essence objective est impossible à connaître, puisque nous ne sommes pas en mesure de connaître les buts objectifs ».

Voilà pourquoi, pour Jellinek, l'Etat est, au point de vue scientifique, aussi bien le sujet de droit que l'individu lui-même. Et ce n'est, d'après lui, qu'en faisant sienne cette opinion, qu'on pourrait étudier juridiquement l'unité de l'Etat, son organisation et la volonté que cette organisation est appelée à créer.

L'Etat sujet de droit est classé par Jellinek parmi les personnes morales du type de *corporation*, ce qui a son importance pour la conception de l'organe dont la volonté ne *représente* pas, dans l'idée de Jellinek, celle de l'Etat, mais est considérée comme étant la volonté de l'Etat lui-même. C'est une question dont il sera parlé plus loin.

Il nous paraît impossible de réfuter les considérations de Jellinek sur l'Etat-personne morale et les objections que nous nous croyons obligé de faire ne visent nullement leur réfutation. Nous admettons que la conception de l'Etat-personne morale est aussi réelle ou, si l'on veut, aussi irréelle que n'importe quelle autre conception juridique. Mais il nous semble, à nous, que les

considérations de Jellinek ont beaucoup plus de valeur, ou plutôt une valeur indiscutable, dans leur côté négatif. Le point qui nous paraît « irrévocablement » acquis est, à notre avis, la réfutation énergique des théories qui s'attaquent aux fictions juridiques. C'est aussi sur ce point que la théorie de Jellinek a eu un succès complet. La grande autorité de Gierke (1), qui a combattu une semblable conception de l'Etat et dont les idées ont trouvé répercussion en France, n'a pas réussi à empêcher la jeune école allemande d'entrer, sur ce point, dans les vues de Jellinek. Un grand nombre d'auteurs se met entièrement d'accord avec Jellinek. Nous en citerons un dont l'opinion diffère, sur bien des points, de celle de Jellinek, mais qui, en ce qui concerne la question des fictions juridiques, est presque entièrement d'accord avec lui. « A notre point de vue, écrit Rehm, l'Etat n'est pas une fiction, mais une abstraction. La fiction repose sur une invention d'esprit, l'abstraction sur un fait. Derrière la fiction il n'y a rien qui existe en réalité ; derrière l'abstraction il existe une réalité, mais dans laquelle l'abstraction voit autre chose que la réalité elle-même. L'abstrac-

(1) Gierke, *loc. cit.* Cf. *Deutsches Privatrecht*, I, p. 467, où il appelle l'Etat-personne morale « *Gespens, schattenhaftes Wesen* » (fantom), etc.

tion donne un autre sens à un fait réel existant, la fiction en invente un qui n'a pas son fondement dans la réalité des choses. Quand on conçoit l'Etat comme personne juridique, on fait l'abstraction de ce qu'il représente réellement une multitude de personnes ; on en fait l'abstraction parce que cela correspond, — telle est l'opinion de la communauté étatique, — au but même de l'Etat » (1). Aussi, avons-nous vu que les réalistes même, comme Seydel et Bornhak, n'ont pu se passer de fictions juridiques. Il nous semble pourtant que Rehm ne conçoit pas le sujet de droit de la même façon que Jellinek. « Dans la question de la conception juridique de l'Etat, dit-il, nous arrivons ainsi au résultat suivant : l'observation scientifique nous apprend que l'Etat n'est pas un sujet de droit réel. D'autre part, selon l'idée que s'en font ses membres et qui reçoit son expression dans l'ordre juridique positif, l'Etat est sujet de la puissance publique. Par conséquent, il est un sujet de droit, non point un sujet réel, mais un sujet artificiel, moral » (2). D'après Jellinek, il n'y a pas de personnes juridiques réelles ; toutes personnes juridiques, y compris les êtres humains, sont artificielles en ce sens qu'elles ne le sont pas

(1) Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 156.

(2) *Ibidem*, p. 155-156.

par la nature, mais par la volonté de l'ordre juridique. Que celui-ci seul crée la personnalité dans le sens juridique du mot, c'est aussi l'opinion de Laband. « La personnalité est toujours une création de l'ordre juridique ; l'homme lui-même ne devient pas une personne par la nature, mais par le droit » (1).

Il suit du précédent que les développements de Jellinek sont tout à fait acceptables dans leur côté négatif : ils peuvent être considérés comme la réfutation suffisante non seulement des théories qui s'attaquent aux abstractions juridiques parce qu'elles ne sont pas des réalités mêmes, mais aussi de la théorie qui considère l'Etat comme un être réel, comme un véritable organisme.

Il n'est que trop vrai que, par une synthèse propre à notre esprit, nous concevons l'Etat comme une unité de but. Cette unité étatique peut, au point de vue juridique, ne pas différer de celle que représente l'individu lui-même. Mais, dans leur côté positif, ils ne prouvent qu'une chose, c'est que l'Etat peut être conçu comme personne morale, sans que la logique ait à souffrir de ce fait. Nous voulons dire par là que les raisonne-

(1) Laband, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, dans *Reichschrift für das gesammte Handelsrecht*, Stuttgart, XXX, p. 471-472.

ments de Jellinek, en ce qui concerne la personnalité étatique, ne sont nullement contraires à une autre conception juridique de l'Etat, telle que la conception de l'Etat comme un ensemble de rapports juridiques. A notre avis, et nous l'affirmons en toute modestie, la seule chose qui soit ici incontestablement acquise, c'est qu'il paraît aujourd'hui établi qu'aucune conception juridique de l'Etat ne peut se passer d'abstraction, fût-elle celle de l'Etat-objet, de l'Etat-rapport, ou celle de l'Etat-sujet de droit. Cela résulte encore plus clairement du paragraphe suivant.

VI

Le savant professeur de Heidelberg a suffisamment prouvé qu'il n'est pas contraire à la logique de concevoir l'Etat comme une personne morale. Mais, comme nous l'avons déjà dit, il ne nous semble pas établi, par là même, qu'il soit illogique de concevoir l'Etat autrement que comme personne morale, — tout en conservant le point de vue purement juridique. Il est toutefois vrai que la grande majorité d'auteurs admettent aujourd'hui, — et presque sans aucune réserve, — la personnalité de l'Etat comme juridiquement établie une fois pour toutes. Pourtant, qu'il nous soit

permis de dire que la conception traditionnelle anglaise, dont nous connaissons déjà les grandes lignes, gagne aussi du terrain en deçà de la Manche. A vrai dire, les raisonnements de Jellinek sur les abstractions juridiques s'appliquent merveilleusement à l'institution du trust. Nous avons déjà démontré, à propos de la conception de l'Etat comme un ensemble de rapports juridiques, c'est-à-dire à propos de la conception anglaise, que les arguments invoqués par Jellinek n'étaient pas soutenables. Qu'il nous soit permis d'y ajouter encore ceci : Le savant professeur affirme qu'on conçoit l'Etat comme une unité et nous avons dit que rien n'est plus juste. Mais est-ce qu'il en résulte nécessairement la conception de l'Etat comme personne morale telle que la conçoit Jellinek ? En est-elle l'unique conséquence logique ? Grande est l'autorité de Jellinek pour risquer une réponse négative. Nous allons tout de même exprimer notre idée, qui est la suivante :

Lorsqu'on dit que nous concevons l'Etat comme une unité, il y a lieu de se demander : pourquoi ? Jellinek n'y répond pas directement. Il répond plutôt à la question : comment concevons-nous l'Etat ? On connaît sa réponse. C'est par une synthèse propre à notre esprit que, d'après lui, nous concevons l'Etat comme une unité. Quel est le

fondement de cette synthèse ? Si l'affirmation de Jellinek, que derrière chaque abstraction il y a une réalité, est exacte, quelle est cette réalité ? Est-ce l'Etat-fait de M. Duguit, basé sur une différenciation entre les forts et les faibles ? On ne le dirait pas : Jellinek, trouve la théorie de M. Duguit trop obscure (1). Puis, différencier ne veut pas dire unir. Qu'est-ce qui nous fait alors concevoir l'Etat comme une unité ? Il paraît que, dans la pensée de Jellinek, ce ne sont que les buts poursuivis par l'Etat. Mais l'Etat, et surtout l'Etat moderne, a des buts tellement variés qu'il est impossible à l'esprit humain de les concevoir comme une unité. On pourrait dire que tous les buts de l'Etat tendent vers un seul, par exemple vers le bien-être général. Mais comment expliquer que l'Etat apparaît comme unité même à ceux qui ne considèrent point que l'activité étatique a pour but le bien-être général, comme c'est le cas des anarchistes ; et à ceux qui ne considèrent que certains buts comme étant du bien-être général, ce qui est le cas de tout le monde. On voit que, d'une part, la notion d'un but unique de l'Etat est assez vague, et, de l'autre, que la multitude des buts réels poursuivis par l'Etat n'est pas faite pour nous donner la notion

(1) *Allgem. Staatslehre*, p. 140, n° 7,

Gavrïlovitch.

d'une unité. Il est pourtant évident que nous concevons l'Etat comme une unité. Mais si cette unité n'est pas téléologique, si ce n'est pas dans les buts qu'il faut en chercher la cause, où faut-il la chercher ? Pour résoudre cette question il faut, à notre avis, rechercher ce qu'il y a de commun dans toute activité étatique. Ce n'est qu'en ramenant tout à un fond commun qu'on pourrait obtenir la notion d'une unité. Quel est ce fond commun ? Nous répondons de suite : *c'est la volonté qui se manifeste dans l'activité étatique*. Elle peut être dirigée vers un but raisonnable ou non, mais elle y est toujours. Pour atteindre un but, pour accomplir une tâche, si insignifiante qu'elle soit, il faut nécessairement une direction et celle-ci suppose toujours une volonté. Nous ne sommes pas partisans de la théorie de Zittelman. Encore moins considérons-nous comme indispensable pour un juriste de connaître l'essence même de la volonté pour en arriver aux définitions qu'en donne Zittelmann (1). Mais il y a quelque chose de très vrai qui ressort des ouvrages de Zittelmann : c'est que le droit se porte toujours là où il y a une volonté. A notre avis, il n'y a rien d'excessif à prétendre qu'au point de vue juridique ce n'est pas l'homme en

(1) Zittelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, p. 36, 63, 79.

tant qu'homme qui est sujet de droit, c'est la volonté humaine. En se rapportant à un autre ouvrage de Zitelmann, M. Michoud, dans ses études très approfondies sur la personnalité morale, réfute la théorie de Zitelmann. « Il est faux, dit-il, que le droit ne considère en l'homme que la volonté; ce qu'il en a vue, c'est bien l'homme tout entier, avec ses besoins, ses aspirations, ses désirs, avec son corps et son âme; il est fait pour l'homme réel » (1). Rien de plus vrai ! M. Michoud a parfaitement raison quant au *but* du droit : le but du droit est toujours l'homme réel. Pourtant, si on se rappelle l'idée de Jellinek, suivant laquelle le droit crée la personnalité juridique, et celle de Laband, où l'on ne devient personne que par le droit, il est évident qu'est en pleine conformité d'idée avec eux celui qui prétend que, pour le droit, ce qu'on nomme personne physique n'est pas autre chose que la personne juridique avec un superflu physique. Et M. Michoud n'est que très logique en repoussant aussi la théorie de Jellinek, parce que, d'après lui, elle a le tort « de maintenir comme indispensable, dans la notion de personne, celle d'une volonté lui appartenant en

(1) *Op. cit.*, p. 80.

propre » (1). Aussi M. Michoud, tout en reconnaissant les avantages qu'il y a à dégager les notions purement juridiques, trouve-t-il que les abstractions de Jellinek n'ont pas de fondement certain dans la réalité. « D'autre part, dit-il, la théorie de Jellinek s'expose au reproche, si souvent encouru par les juristes, d'oublier les faits de la vie réelle pour se jeter dans le monde des abstractions. Elle ne montre pas comment l'abstraction, qui est nécessaire, se relie à la réalité. Elle permet de soutenir que les faits sont ici, non seulement interprétés, mais transformés. Par quel coup de baguette magique, en effet, la volonté des individus devient-elle la volonté du groupe ? On ne nous l'explique pas, sinon en nous disant qu'il est nécessaire, pratiquement, que le droit la considère comme telle » (2).

Sans vouloir décider lequel des deux savants professeurs a raison, de M. Michoud dans sa critique et de Jellinek dans ses développements, nous considérons comme acquis les deux points suivants : Premièrement, c'est bien dans l'idée de Jellinek, la volonté se manifestant dans les actes de l'Etat, qui nous fait concevoir celui-ci comme une unité, comme un sujet de droit. Secondement,

(1) *Op. cit.*, p. 98.

(2) *Op. cit.*, p. 98-99.

qu'il s'agit ici d'une pure interprétation juridique des faits réels, laquelle, comme toute interprétation, peut varier et varie toujours suivant les besoins de la pratique. En ce qui concerne le premier point, nous l'admettons entièrement en affirmant qu'il ne peut y avoir sujet de droit que là où il y a une volonté humaine. L'unité, au point de vue juridique, c'est la volonté humaine. En effet, si tout le droit n'est qu'un ensemble complexe d'impératifs, ceux-ci ne peuvent s'adresser qu'aux volontés humaines. Rechercher le sujet de droit, c'est rechercher les volontés humaines auxquelles les impératifs juridiques s'adressent. Peu importe l'acte imposé par l'impératif, il est supposé raisonnable ; encore moins nous importe-t-il son point d'aboutissement. Nous ne sommes pas du tout d'accord, sur ce point, avec M. Michoud qui, se basant sur Ihering, dit que l'absence de volonté chez les êtres humains qui en sont dénués, tel que le fou et l'*infans*, n'a jamais empêché de leur reconnaître une personnalité et de leur attribuer des droits (1). D'où tire-t-on cette affirmation ? Du fait que les actes imposés à de certaines personnes aboutissent à une autre personne qui en profite.

(1) *Op. cit.*, p. 100.

Mais on a vu une rentière défunte laisser une somme importante pour l'entretien de son jardin. Est-ce qu'on attribue des droits aux jardins ? Qu'est-ce qui en résulte ? Simplement qu'il y a des actes imposés par les impératifs juridiques au profit de personnes autres que celles auxquelles ils s'adressent. Sans aller plus loin, nous tenons à écarter de suite la principale objection. Du moment, pourrait-on objecter, que l'on considère le droit tout entier comme un ensemble complexe d'impératifs, ne serait-il pas logique d'en déduire que ces impératifs ne créent que des devoirs et point de droits ? N'y aurait-il pas alors des devoirs mais un seul Droit ? Voilà une conception qui, au point de vue pratique, ne serait point méprisable. Mais comment fonder des droits dans une telle conception ? Sans vouloir résoudre ici ce problème, nous considérons que la chose n'est pas si difficile qu'elle paraît à première vue. N'a-t-on pas vu Thon construire des droits subjectifs tout en partant d'une telle conception ? Il est vrai qu'il est des auteurs qui admettent purement et simplement la conclusion qui s'impose comme première conséquence logique de la définition du droit telle qu'un ensemble d'impératifs. « Il n'y a que des devoirs, dit M. Duncker, mais pas de droits,

car les droits objectifs de Thon ne le sont pas » (1). Mais il nous semble qu'on pourrait construire un système de droits subjectifs tout en prenant pour point de départ la définition de Thon. On a vu que la violation d'un impératif juridique en met en œuvre un autre. Or, à notre avis, il n'y a qu'à chercher quelle est la volonté qui peut demander cette mise en œuvre pour trouver le sujet de droit. On le voit bien, c'est toujours à la volonté que le droit confère des droits et des devoirs.

Si paradoxal que cela puisse paraître, nous considérons qu'au point de vue purement juridique, le sujet de droit est toujours celui qui peut demander cette mise en œuvre. Par conséquent, il est absolument indifférent si l'observation d'un impératif juridique profite à une personne capable de vouloir, à un fou, à un animal ou à une chose. Nous ne comprenons pas comment Roguin, l'auteur qui se fait l'honneur de traiter la science juridique pure, recule devant cette conséquence logique de la théorie de la norme. « Le titre de cet ouvrage, dit cet auteur, surprendra les personnes vouées à l'étude du droit plus encore que les autres. En effet, il n'a pas encore été question, sauf erreur, dans cette science d'une partie méritant la qualification de « pure »,

(1) Duncker, *Die Besitzklage und der Besitz*, Berlin und Leipzig, 1884, p. 263.

c'est-à-dire se bornant à étudier les conséquences nécessaires de certaines données posées de l'abord, sans aucune attache avec un système positif de législation plutôt qu'avec un autre, et sans aucune appréciation au point de vue du bien ou de l'utile du contenu des règles ainsi analysées » (1).

Or, ce partisan résolu de la pure logique, après avoir posé comme règle générale que c'est le bénéficiaire qui est sujet de droit, reconnaît qu'il lui est impossible d'admettre les animaux comme sujets des droits dont ils peuvent être les bénéficiaires. « Qu'on le veuille ou non, il n'est pas possible naturellement d'élever l'animal à la hauteur de l'homme » (2). Et plus loin : « Mais, est-ce que réellement, dit-il, les animaux en question (ours de Berne) sont les sujets actifs ou passifs de ces droits existants ou supposés ? Nous refusons absolument de l'admettre par la raison qu'ils sont naturellement et inévitablement incapables de se comporter comme tels. Ils n'ont ni l'intelligence, ni la volonté nécessaires pour cela » (3). Nous ne contestons pas qu'il soit impossible d'élever les animaux et à plus

(1) Roguin, *La règle de droit*, Lausanne, Paris, Leipzig, 1889, p. 3. Cf. p. 13 et suiv. A la page VIII, il dit en parlant de Thon : « Et depuis que nous avons connu son œuvre, c'est d'elle que nous avons le plus profité. »

(2) *Ibid.*, p. 82.

(3) *Ibid.*, p. 394. Cf. p. 397.

forte raison les choses mortes à la hauteur de l'homme, mais il n'en est pas moins vrai que l'auteur n'est pas logique avec le principe qu'il a posé à ce sujet. Le seul moyen d'éviter ces contradictions, c'est d'admettre que ce qui importe le moins, au point de vue purement juridique, c'est précisément le bénéficiaire.

La conception qui vient d'être exposée s'applique bien à la conception anglaise du trust : du moment qu'il y a des actes imposés à une volonté humaine au profit des autres, et du moment que le droit est capable d'en assurer l'exécution, tout danger de confusion est écarté : le trustee acquiert officiellement en son nom, mais les impératifs juridiques lui défendent d'affecter l'acquisition à un but personnel.

On considère généralement, et avec raison, que c'était la conception de l'Etat-fisc, personne morale de droit privé, qui a amené Albrecht et Gerber à la conception de l'Etat-personne morale de droit public. Or, nous ne voyons pas pourquoi la conception de la Couronne-trustee ne pourrait être généralisée de la même façon. Et nous ne croyons pas que l'unité de l'Etat serait détruite de ce chef. Tout au contraire ! Si la chaîne des impératifs juridiques aboutit toujours à un suprême impératif qui reste sans sanction, il est évident que l'ordre

juridique s'adresse non pas à l'Etat-personne morale, mais en définitive à une volonté humaine. La conception du trust écarte tout danger qu'on suppose à celle de l'Etat-objet. D'autre part, tout en admettant, avec M. Duguit, qu'il n'y a dans l'Etat que des volontés individuelles, on ne suppose à chacune d'elles que la force que lui confère l'ordre juridique et par conséquent repose sur des abstractions juridiques, impossibles à admettre dans la théorie de M. Duguit.

C'est par ces considérations que s'explique la relativité des abstractions juridiques. Il ne s'agit ici que d'une interprétation, et puisque l'on interprète toujours dans un but pratique, les abstractions juridiques varient suivant les besoins de la pratique et par conséquent suivant les pays. D'où la différence actuelle entre la conception anglaise et la conception allemande. Voilà pourquoi nous semble-t-il qu'il y a des auteurs qui tout en pensant logiquement, et sans faire intervenir expressément le système anglais, aboutissent à une combinaison des deux conceptions. Nous en citons un, M. Affolter, qui considère l'Etat comme une personne morale au point de vue du droit interne (1).

(1) Affolter, *Studien zum Staatsbegriffe*, dans *Arch. für öffentliches Recht*, 1902, n° XVII. Cf. du même auteur, *Zur Normentheorie*, *ib.*, t. XXIII, 1908, n° VII, p. 400. « C'est le droit interne

A ce point de vue, l'Etat, en tant que tel, n'apparaît nullement comme sujet de droit. « Le droit interne dit-il, ne peut conférer à l'Etat des droits, ni lui imposer des devoirs.... Le droit étatique ne peut attribuer des droits et imposer des devoirs qu'aux organes de l'Etat et aux particuliers dans leurs rapports avec ceux-ci et entr'eux-mêmes. C'est donc la combinaison de la théorie qui voit dans l'Etat une personne morale et de celle qui le considère comme un ensemble de rapports juridiques. A notre avis, la conception anglaise est tout à fait suffisante aussi bien au point de vue du droit interne qu'à celui du droit externe. Aussi considérons-nous qu'il n'y a pas lieu d'amalgamer ces deux conceptions de l'Etat, dont l'une sert à la pratique presque aussi bien que l'autre. Mais c'est un phénomène fréquent dans la littérature juridique allemande que de faire de

national public... qui confère à l'Etat la personnalité juridique comme à une réelle collectivité d'hommes. » A un autre point de vue cet auteur est peu logique : « Dans le domaine du droit de propriété, dit-il, la volonté du sujet qui s'oblige ou qui oblige est sans aucune importance pour la norme. Il n'est pas étonnant si la loi adresse les normes, là où la représentation est possible, aussi à ceux qui ne sont pas capables de vouloir » (p. 393). Nous croyons tout le contraire. Il nous est impossible de ne pas être d'accord avec Hold v. Ferneck (*Die Rechtswidrigkeit*, I, 281, 381, réfuté par Affolter), d'après lequel l'impératif ne s'adresse qu'au représentant. Notre opinion diffère de celle de Ferneck en ce qui concerne la sanction.

deux théories différentes une troisième, dans le désir d'éviter les objections que les partisans des deux théories se font mutuellement. Et le plus souvent la tentative de réconcilier deux théories différentes ne fait que cumuler les objections adressées à toutes les deux.

Nous croyons avoir démontré la relativité des constructions juridiques. Elles sont toutes plus ou moins artificielles, reposent nécessairement toutes sur des abstractions et n'ont de valeur qu'en tant qu'elles peuvent servir à la pratique en introduisant plus de justice dans les rapports sociaux. C'est en se plaçant à ce point de vue, que nous allons entreprendre d'examiner à fond ce qu'on appelle aujourd'hui sur le continent l'*Etat de droit*.

CHAPITRE III

L'Etat de droit (Rechtsstaat).

Conception de Laband. — Exagérations de la méthode purement juridique : théorie de l'énumération ; conception de la juridiction administrative et des droits individuels. — Duguit, Stammler. — L'idée d'autolimitation.

I

La théorie régnante de l'école allemande conçoit l'Etat, nous l'avons vu, comme une personne juridique pourvue d'une volonté capable de s'imposer aux volontés individuelles. Etant donnée cette capacité absolue de la volonté de l'Etat, il paraît logiquement impossible de soumettre celui-ci au droit. Par conséquent, tenter de limiter l'Etat par le droit tout en maintenant la notion de puissance absolue comme marque essentielle de l'Etat, c'est aller au devant d'un échec certain. La seule conséquence logique serait donc, de réfuter la limitation juridique de l'Etat.

D'autre part, ne conçoit-on pas l'Etat comme une personne *juridique*? Jellinek lui-même ne dit-il

pas que la place de l'Etat est dans le droit ? Ce qui est dans le droit ne peut être au-dessus. S'il en est ainsi, le problème même de la limitation de l'Etat par le droit ne se pose pas. Partant, l'objection faite à ce sujet par Preuss à la théorie régnante paraît complètement justifiée. « Si l'on considère, dit Preuss, que la base indispensable de toute conception théorique de l'Etat doit être la conception de l'Etat comme une personnalité, c'est-à-dire comme un sujet de droit, il est logiquement impossible de séparer l'Etat du droit » (1). En effet, si l'on se rappelle que, d'après Laband lui-même, la personnalité est toujours une création du droit, il paraît évident que l'Etat, personne juridique, ne peut avoir d'autres facultés que celle que lui confère le droit. Comment donc expliquer que l'Etat se trouve au-dessus du droit ? Dans la conception de la théorie régnante, l'Etat crée le droit, celui-ci crée l'Etat, pour l'être ensuite par sa propre création : *circulus vitiosus* assez souvent relevé et raillé particulièrement par Bornhak qui comparait l'Etat-personne juridique au baron Munchausen ; celui-ci, d'après une légende allemande, s'étant enfoncé dans la boue en sortit en se tirant par les cheveux. Il paraît, en effet, peu logique de prétendre que la

(1) Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889, p. 202.

puissance étatique est originaire, qu'elle ne vient d'aucune source juridique, mais d'un simple fait, et à la fois d'affirmer catégoriquement que la puissance publique est éminemment juridique parce qu'elle appartient à une personne juridique, ce qui revient à dire qu'elle a sa source dans le droit.

Malgré cette contradiction qui se trouve dans le point de départ même de la théorie régnante, ses partisans se sont faits défenseurs résolus de ce qu'on appelle au delà du Rhin le *Rechtsstaat* et, depuis plus d'un siècle, en France, le système de la légalité.

L'imperium, dit Laband, n'est pas dans l'Etat moderne civilisé un pouvoir arbitraire; il est réglé suivant des maximes juridiques; c'est la caractéristique de l'Etat juridique (*Rechtsstaat*), que cet Etat ne saurait exiger de ses sujets un acte positif ou négatif, leur imposer ou leur interdire quoi que soit, qu'en vertu d'un principe juridique. Ces règles juridiques peuvent relever du droit coutumier, mais ordinairement, dans l'Etat moderne, elles ont des lois pour sanction. Ces lois ont toutes pour fin une restriction du pouvoir de l'Etat. Elles donnent les prescriptions juridiques relatives aux empiètements que l'Etat peut se permettre sur la personne et la fortune de ses subordonnés; d'autre part, elles fixent en même temps la sphère qui est juridique-

ment à l'abri de ces empiètements. Le contenu général de toutes ces lois définit le contenu juridique du pouvoir de l'Etat, tel qu'il est fixé par la législation positive d'un certain Etat déterminé à un moment déterminé » (1).

On voit bien l'effort que fait Laband pour rester dans la logique. Mais sa conception du *Rechtsstaat* a le tort de séparer théoriquement l'Etat d'avec le droit. D'après lui, l'Etat reste théoriquement, *in abstracto*, en dehors du droit, dont le rôle est de le limiter dans son activité autre que législative (2).

« Les actes législatifs, dit-il, comme nous l'avons déjà fait observer plus haut (p. 354), sont des actes pour lesquels il n'y a pas de responsabilité, qui reposent sur une disposition prise par une volonté libre ; car, même à l'égard du droit ils sont libres. Bien que les facteurs législatifs soient tenus, dans toutes leurs actions, d'observer le droit existant, ils ont, de par la constitution, le pouvoir de modifier ce droit lui-même à la condition d'observer les formes requises. Donc, la volonté de l'organe législatif est la plus forte, par comparaison avec le droit ; le droit en vigueur doit s'incliner devant elle » (3).

(1) Laband, *op. cit.*, 1901, t. II, p. 526.

(2) *Op. cit.*, II, p. 363.

(3) *Op. cit.*, p. 506.

La volonté de l'Etat est donc plus forte que le droit ; celui-ci doit s'incliner devant elle ; mais elle reste quand même juridique dans la conception de Laband. Cela est impossible d'être expliqué autrement qu'en affirmant que l'Etat possède, de par la nature tous les droits possibles, et, par conséquent, qu'il peut tout faire sans que son activité cesse d'être juridique. Ce ne sont donc pas les lois qui lui confèrent des droits, puisqu'il les a tous de par la nature, en vertu de sa toute-puissance. Le droit ne fait que lui poser des limites dans un intérêt individuel. En respectant ces limites, l'Etat abdique en quelque sorte un point de sa toute-puissance en conservant le reste. Toute matière nouvelle, qui n'est pas encore régie par le droit, est réglementée en vertu de ce relinquant, tout puissant lui aussi. Dans ce domaine les droits de domination étatique ont libre jeu. Il est vrai que c'est de la théorie pure, on dirait presque un simple jeu d'esprit. Mais ce jeu n'est pas aussi innocent qu'on pourrait le croire. La question s'était posée dans la pratique à propos de certaines ordonnances du roi de Prusse qui ne différaient d'une loi que par le manque du consentement du parlement. Le roi ne les soumit pas à l'approbation des Chambres, parce qu'elles portaient sur des questions qui n'étaient pas prévues par la constitution dans la matière à

légiférer. Il est inutile d'exposer ici toute la controverse sur la loi au sens formel et la loi au sens matériel. Nous nous contenterons d'exposer brièvement la théorie du professeur Arndt, un des champions de la loi au sens formel, pour faire ressortir les dangers que peut courir la méthode juridique et avec elle la doctrine régnante allemande.

II

La théorie du professeur Arndt a la prétention de tirer ses principes de la pratique même. Quand un souverain constitutionnel établit le budget par une simple ordonnance et édicte, sous la forme des règlements d'administration, des véritables lois, il serait erroné de dire que ce sont là des actes, peut-être nécessaires, mais anticonstitutionnels, par la simple raison qu'ils sont aussi légaux que n'importe quel acte du parlement lui-même. Il s'agit donc d'établir la légalité théorique de ces actes. Simple question d'interprétation logique comme tant d'autres questions soulevées en Allemagne et agitées pendant longtemps dans des discussions purement académiques. On connaît la définition du *Rechtsstaat* et ses nombreux partisans. Or, d'après l'auteur qui nous occupe en ce moment, tous ces célèbres théoriciens du droit

public allemand n'ont pas réussi à exposer le droit public allemand tel qu'il existe réellement (1). La faute en serait, paraît-il, non pas à leur méthode, mais aux principes trop généraux qui leur servent de point de départ (2). Nous ne voyons pas en quoi ces principes seraient si généraux. Ils peuvent ne pas être très exacts étant trop absolus. Mais Arndt donne aux siens un sens qui, pour ne pas être général, n'en est pas moins absolu. Il est vrai qu'il prétend avoir pour lui l'Histoire et la Réalité, c'est-à-dire la vérité même. Or, devant la vérité, il n'y a pas de théorie abstraite qui tienne.

Voici maintenant quelle est cette vérité. Etablissons d'abord son point de départ. D'après le professeur Arndt (3), c'est l'*Allgemeines Landrecht* prussien qui a le mieux défini le caractère essentiel de la monarchie absolutiste. La formule de ce code, depuis lors devenue célèbre en Allemagne, est celle-ci : « Tous les droits et devoirs de l'Etat contre ses sujets et protégés, se trouvent réunis en la personne du chef de l'Etat » (4). Celui-ci possède tous les droits qu'on puisse imaginer (§ 4) pour accomplir de son mieux les devoirs qui lui

(1) Arndt, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Berlin, 1901, préface.

(2) *Ibidem*.

(3) Arndt, *Verfassungs-Urkunde*, 4^e éd., 1900, p. 1 et suiv.

(4) *Allg. Landrecht*, partie II, titre 13, § 1.

incombent, dont le premier est d'assurer la sécurité interne et externe du pays (§ 2).

Pourquoi Arndt part-il de ces dispositions de la loi fondamentale de la Prusse absolutiste ? C'est uniquement parce qu'il nie qu'il existe un droit public général applicable à tous les Etats, peuples et époques. D'après lui, le droit de chaque pays se développe et évolue dans un milieu spécial dont il porte nécessairement l'empreinte. Voilà pourquoi les principes applicables à tous les pays n'existent pas. Or, dans la Prusse absolutiste, tous les droits étaient réunis en la personne du roi, comme en font foi les paragraphes du code précité. Cet état de choses a duré jusqu'à l'avènement de la constitution. Celle-ci étant octroyée, il est bien certain que le roi n'a pu aliéner de pouvoirs absolus plus que la constitution ne contenait de limitations. « Là où la constitution, dit Arndt, ne contient pas de restrictions au pouvoir du roi, celui-ci reste en pleine possession de sa puissance absolue » (1). C'est son point de vue et point de départ. Quoi qu'en pensent les adversaires de Arndt — et il sont nombreux — sa théorie peut être contraire à l'esprit même de la constitution, et, si l'on veut, au bon sens même, mais elle

(1) *Verfassungs-Urkunde*, p. 23.

a toutes les apparences d'une théorie logiquement soutenable. Au surplus, elle est vraiment conforme à la pratique allemande. Depuis Bismarck, cette théorie a été la thèse officielle de tous les gouvernements. Ce fut, en effet, Bismarck qui, le premier, réclamait pour la couronne, de toute son énergie, les droits de souveraineté que la constitution ne lui avait pas enlevés (1). Il eût été impossible que la science juridique allemande ne s'en fût ressentie. Le professeur Arndt n'a fait que donner une explication théorique à la thèse favorite de tous les chanceliers prussiens. Le roi, d'après lui, a conservé les droits auxquels la constitution n'a pas touchés. Quels sont ces droits ? Pour Arndt il s'agit ici d'une simple opération de soustraction : De la somme de droits que l'*Allgemeines Landrecht* suppose au roi, il faut soustraire ceux dont l'exercice a été conféré au parlement. Mais, pourrait-on dire que le droit de légiférer ayant passé au parlement, le roi ne pouvait plus faire de lois sans passer par les deux Chambres ? Non point ! Le roi ne s'est désisté qu'en partie de ce droit, pour les cas strictement énumérés dans la constitution dont il a bien voulu doter son pays. Il est donc logique que, sur la matière à légiférer restée

(1) Horst Kohl, *Politische Reden des Fürsten Bismark*, I, p. 302 ; II, p. 24, 25 ; III, p. 49.

en dehors de la constitution, le droit originaire du roi demeure intact. D'où la possibilité pour le roi d'édicter des règlements non seulement *intra legem*, mais aussi *praeter legem*, c'est-à-dire de véritables lois. Le résultat obtenu par Arndt est le suivant : La matière dont il est question dans la constitution prussienne aux articles 3, 9, 13, 28, 31, 34-37, 42, 50 al. 2, 87, 89, 96, etc., doit être réglementée par le pouvoir législatif (1). Ce n'est que dans ces cas strictement énumérés que le roi est obligé de passer par le parlement. Dans tous les autres, il légifère seul en vertu de son pouvoir royal absolu et illimité. D'où deux sortes de pouvoirs réglementaires du roi : il peut, en vertu de la délégation générale, faite par la constitution ou par une loi spéciale, édicter des règlements d'administration publique ; mais il peut aussi, par des ordonnances royales et indépendamment du parlement, réglementer la matière que la constitution n'avait pas prévue. C'est ainsi que le roi de Prusse peut réglementer, en vertu de son pouvoir absolu, la matière qui concerne l'armée, les chemins de fer, le télégraphe, l'église (en partie seulement), l'école (de même), etc... (2). A l'objection que ce sont de véritables lois, lois au sens matériel, Arndt

(1) Arndt, *Verordnungsrecht des deutschen Reiches*, 1884, p. 66.

(2) *Ibidem*, p. 70.

répond que la loi est l'ordre que le monarque adresse aux sujets après avoir obtenu le consentement du parlement ; tout le reste n'est que règlements (1). Quand la constitution dit que « le pouvoir législatif est exercé en commun par le roi et les deux Chambres » (art. 61, al. 1), c'est à la loi à ce sens formel qu'elle se réfère. Ce qui veut dire, dans la pensée d'Arndt, que le roi doit légiférer en commun avec les Chambres sur la matière prévue par la constitution, étant donné que ce n'est que dans ces cas qu'il y a lieu de parler de lois. Voilà la théorie qu'on appelle aujourd'hui dédaigneusement la théorie de l'énumération. Elle peut être contraire au bon sens, et elle l'est, mais d'après son auteur elle n'est pas contraire à la logique ni à la vérité historique. En effet, la théorie part du fait que la constitution prussienne a été octroyée en 1848 et que les préoccupations d'alors portaient uniquement à la limitation possible du pouvoir absolu. Dans le langage politique, cela veut dire que le roi a fait au peuple des concessions ; mais dans ces concessions il est allé jusqu'à certaines limites ; celles-ci étaient tracées par la constitution ; le roi n'a donc abdiqué qu'une partie de sa puissance absolue entre les mains du

(1) *Ibidem*, p. 2-3.

peuple. Voilà pourquoi il existe en Allemagne ce qu'on appelle le droit public indépendant, en vertu duquel ont été édictées encore tout récemment de véritables lois concernant les prises maritimes (1).

C'est dans cette théorie de l'énumération qu'apparaissent les erreurs auxquelles peut conduire la méthode juridique de l'école allemande. Nous avons vu que d'après Laband le droit privé contient quelques principes qui ne sont que des principes généraux du Droit et par conséquent applicables au droit public aussi bien qu'au droit privé. Aussi avons-nous démontré que Laband considère la puissance publique comme un ensemble de droits de domination appartenant en propre à l'Etat. Or, Arndt opère de même. En effet, si la puissance publique consiste en droits de domination, ceux-ci appartiennent en propre au monarque dans une monarchie absolutiste. En poussant la méthode « civiliste » un peu plus loin, on arrive à dire que ces droits, cette domination n'étaient autre chose que la propriété exclusive du monarque, dont il pouvait disposer, d'une manière aussi absolue qu'un particulier, du bien lui appartenant en propre. Là, aussi bien qu'ici il ne s'agit donc

(1) Arndt, *Noch Einiges über das selbständige Verordnungsrecht*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. X., p. 192 et suiv.

que d'un simple droit de propriété tel qu'il trouve son expression dans le code civil. Par conséquent, le monarque a pu aliéner une partie de ce bien suprême qu'est le « pouvoir absolu de commander aux personnes libres ». Le roi de Prusse n'a fait qu'user de son droit d'aliéner ce qui lui appartient et dans la mesure voulue par lui : en octroyant la constitution il a renoncé à une partie de puissance absolue pour conserver l'autre.

Si bizarre qu'elle soit, la théorie d'Arndt est très logique en ce sens que si l'on accepte son point de départ on arrivera toujours à un résultat semblable au moyen de déductions logiques. Il est dès lors évident que dans une étude juridique telle que la conçoit l'école allemande, tout dépend du point de départ et du point de vue auquel on se place. Mais quel est le point de vue, le seul vrai, auquel devrait se placer notre science ? Y a-t-il un moyen sûr d'établir le véritable point de départ, puisque toute la question est là ? Faute de mieux, Jellinek nous en offre un, qui, telle est notre modeste opinion, ne manque pas d'arbitraire : On établit un point de départ, un principe que l'on considère comme une sorte d'axiome mathématique. Puis, on fait des déductions. Si les conséquences auxquelles on arrive ainsi au moyen de la pure logique ne sont pas admissibles, on

change de point de départ. Dans un certain sens cette méthode a donné de bons résultats. Un rapide coup d'œil sur la littérature juridique allemande nous permet de constater que l'on réfute souvent l'opinion contraire en faisant produire au principe accepté par une théorie des conséquences jugées inadmissibles. Qu'il nous soit permis de dire que « l'inadmissibilité » de certains résultats théoriquement obtenus peut avoir pour unique raison des préférences politiques. N'a-t-on pas vu toute la controverse sur une question éminemment théorique dégénérer en accusations mutuelles de parti pris politique. C'est ainsi que Arndt reproche à Anschütz de faire pencher la théorie vers la souveraineté nationale, — une idée qui est, d'après Arndt, « inadmissible en Prusse ». La Bavière, rivalisant de tous les temps avec la Prusse, ne pouvant admettre d'avoir perdu son indépendance d'autrefois, défend jalousement, en théorie, la souveraineté des Etats membres (Seydel). Il est donc permis de dire que c'est pour des raisons d'ordre politique que le professeur Arndt maintient le pouvoir absolu du roi à côté de l'Etat de droit.

III

Nous avons vu que Laband bien que partisan résolu du Rechtsstaat n'admet pas, en définitive et

in abstracto, la limitation de l'Etat par le droit. Cette idée ressort encore mieux chez *Otto Mayer*. Cet auteur dit expressément que l'Etat-législateur n'est ni limité ni limitable (1). Par contre, l'Etat-administrateur étant subordonné à l'Etat-législateur, est nécessairement limité par le droit. *Otto Mayer*, en excellent connaisseur du droit public français (2), fait intervenir ici le principe de séparation des pouvoirs. D'après la définition de l'Etat de droit de Laband, le *Rechtsstaat* n'est au fond autre chose qu'une autolimitation de l'Etat en ce qui concerne son activité autre que législative. L'activité de l'Etat étant celle de ses organes, laquelle n'est exercée que dans les limites tracées par la loi, on en arrive nécessairement à l'autolimitation de l'Etat. L'unité de la personnalité étatique n'admet pas que l'Etat-législateur soit une autre personne que l'Etat-administrateur : si celui-ci est limité dans son activité, la personne étatique tout entière se trouve de ce fait limitée par le droit. Cette idée est très logique, vu que l'Etat ne connaît pas d'autre activité que celle de ses organes. Nous verrons par la suite que c'est un

(1) *Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 1895, p. 87.

(2) « Le sort, dit-il, a bien voulu nous donner deux grands maîtres : les Romains et les Français. » V. *Archiv für öffentliches Recht*, tome XXI, p. 500.

des principaux arguments mis par Jellinek à l'appui de sa théorie de l'autolimitation. Bien que le Rechtsstaat de Laband ne puisse être expliqué autrement, celui-ci n'admet pas qu'il soit possible de limiter l'Etat par le droit. Or, Otto Mayer voit dans la séparation des pouvoirs l'explication de l'autolimitation étatique, laquelle, sans cela, serait restée à tout jamais un mystère auquel on pourrait croire, mais qu'il serait impossible de comprendre (1). Il est à remarquer que bien avant Otto Mayer on a fait intervenir ici le principe de séparation des pouvoirs. « Ce n'est pas seulement aux particuliers, disait Thon déjà en 1878, que l'Etat impose par la loi des obligations; c'est aussi pour sa propre conduite qu'il établit des normes juridiques. Une telle limitation de sa propre liberté d'action conduit naturellement à des rapports essentiellement différents..... Celui qui ici s'oblige juridiquement, et celui qui est ici juridiquement obligé est une même personne. La loi que l'Etat se donne à lui-même, contient avant tout la déclaration qu'à l'avenir il ne se conduirait, dans les cas prévus, que de la façon déterminée par cette loi. Mais ce n'est qu'avec la séparation des différentes fonctions de l'Etat et leur affectation aux

(1) *Op. cit.*, p. 88.

différents organes, et surtout avec la séparation du pouvoir législatif et administratif, qu'il soit possible que cet acte de volonté, cette résolution de l'Etat, pris par certains de ses organes, contienne à la fois un impératif adressé aux autres organes étatiques chargés d'en assurer l'exécution » (1). Il n'est pas difficile d'y connaître et le Rechtsstaat de Laband, et l'autolimitation de Jellinek, et le rôle qu'Otto Mayer fait jouer au principe de séparation des pouvoirs.

Tout d'abord, comment Otto Mayer conçoit-il le principe de séparation des pouvoirs et son rôle dans le problème qui nous occupe? D'après lui, la volonté de l'Etat peut être formée d'une double manière : par le roi et le parlement en commun ou par le roi seul. Dans le premier cas, c'est d'une volonté plus haute et « juridiquement plus puissante » (2) qu'il s'agit; elle a le pas, la préséance sur l'autre; elle est d'une essence supérieure. C'est d'une loi qu'il s'agit ici; or, une loi ne peut être ni abrogée ni modifiée qu'en collaboration des mêmes organes; au surplus, elle est au-dessus de toutes les autres manifestations de la volonté étatique: c'est la préséance. Cette prépondérance se manifeste aussi dans le fait que c'est elle qui a à

(1) Thon, *Rechtsnorm*, p. 141.

(2) *Op. cit.*, p. 72.

s'occuper des questions les plus importantes concernant l'Etat et les particuliers. C'est ainsi que des restrictions ne peuvent être apportées aux libertés individuelles et à la propriété que par une loi (1). Même dans le cas où ces libertés et la propriété individuelle ne seraient pas garanties par la constitution, celle-ci gardant le silence à leur sujet, il est généralement admis qu'elles ne sauraient être limitées que par la voie législative. A côté de cette volonté législative toute puissante se trouve le pouvoir exécutif, lequel est « de par sa nature » juridiquement limitable. Par contre, il n'est pas possible de limiter le pouvoir législatif.

La première objection théorique que l'on puisse faire à la théorie d'Otto Mayer, c'est qu'il n'explique pas comment l'Etat-administrateur peut être limité par l'Etat-législateur, alors qu'ils ne font qu'une seule personne et que ce dernier est juridiquement illimitable! En effet, si la personne suprême dont il s'agit ici est une et indivisible, comme c'est dans la conception de la théorie régnante, c'est la diviser en deux personnes distinctes que de prétendre que l'Etat-législateur limite l'Etat-administrateur. D'autre part, lorsqu'on affirme que l'Etat-administrateur est limité par le droit, on

(1) *Op. cit.*, p. 75.

doit logiquement conclure que par là-même l'Etat-législateur se trouve limité lui aussi, étant donné qu'il s'agit d'une seule personne : l'Etat. Mais s'il en est ainsi, comment comprendre l'opinion de Otto Mayer, d'après qui l'Etat-législateur est juridiquement illimité ? Il y aurait peut-être lieu de trouver dans cette contradiction de la théorie régnante, quelques raisons pour concevoir l'Etat comme un ensemble de rapports juridiques, ce qui éviterait cette contradiction sans détruire l'unité de l'Etat.

On voit bien que, dans la théorie d'Otto Mayer, on se heurte de nouveau à l'incompatibilité fondamentale entre la notion du droit et celle de la prétendue toute-puissance étatique. De deux choses l'une : ou bien l'Etat ne peut être limité par le droit, en raison de sa puissance juridiquement illimitable, malgré la séparation de ses pouvoirs, ou bien il peut l'être en raison de cette séparation, mais en ce cas l'Etat n'est pas concevable comme une seule personne.

Voilà pourquoi Laband, pour sauver l'unité de la personne étatique, réfute la théorie d'Otto Mayer : « Cette théorie, dit-il, dissout l'unité de l'Etat et est contraire à la notion de souveraineté qui est une et indivisible » (1). Et à force de sau-

(1) Cf. l'éd. fr., II, p. 362.

ver l'unité de l'Etat, qu'il considère menacée par la séparation des pouvoirs, Laband détruit la base même de son Rechtsstaat en se refusant d'admettre la limitation de l'Etat par le droit.

IV

La conception pour laquelle l'Etat possède à l'origine une puissance absolue, que le droit vient limiter jusqu'à un point voulu par l'Etat même, a été d'une importance particulière pour la juridiction administrative allemande. Autant est-elle développée en France, autant est-elle arriérée en Allemagne. Sans entrer dans les détails, nous nous contenterons ici d'exposer le côté théorique de la question : Si les lois ne constituent pas la base unique de l'activité étatique, si leur rôle consiste uniquement à poser quelques limites au pouvoir absolu de l'Etat, il est évident qu'en cas de conflit entre les autorités publiques et les simples particuliers, il ne pourra jamais être statué sur le *droit* même de l'Etat, étant donné que l'Etat possède originairement tous les droits : ce qui peut être contesté ici, c'est la *forme* dans laquelle le droit suprême de l'Etat s'est exercé. On pourrait dire que cela revient au même. Il n'en est rien dans la

pensée allemande (1). Si le droit ne vient que limiter la liberté absolue d'agir que l'Etat possède de par la nature, on ne peut jamais mettre en question la faculté même (Befugnis) de l'Etat, mais la manière dont elle est exercée, pour la simple raison que ce n'est que dans cet exercice que l'Etat est tenu de respecter certaines règles juridiques. Les règles juridiques peuvent être ou de simples *instructions* (2) adressées par l'Etat à ses organes, ou en même temps de véritables *garanties* pour les particuliers afin que leurs intérêts individuels soient respectés dans la mesure et de la manière prévue par la loi. Dans ce dernier cas, les actes des autorités publiques qui violent un intérêt particulier doivent être soumis aux tribunaux ; de véritables droits peuvent en résulter pour les particuliers qui pourraient les faire toujours valoir devant les tribunaux dans un pays dont l'organisation reposerait sur une large base de justice. Mais dans le cas où les impératifs juridiques adressés aux organes ne seraient que de simples instructions, il est, en effet, impossible de concevoir un droit individuel se dressant contre le droit suprême de l'Etat. Dans cet ordre d'idées,

(1) V. l'opinion de Sarwey dans *Marquardesen's Handbuch des deutschen Rechts*, 1882, I, II, p. 32 et suiv.

(2) Laband, *op. cit.*, II, p. 362.

les droits dits fondamentaux ne sont pas des droits pour Laband, bien qu'ils soient garantis par la constitution. « La notion de droit de citoyen d'Etat, dit-il, est presque généralement prise par les auteurs dans un sens qui embrasserait des choses complètement différentes. On entend sous ce mot soit les droits politiques, soit les droits civiques, c'est-à-dire les privilèges des nationaux par rapport aux étrangers, soit ce qu'on appelle les droits de liberté ou droits fondamentaux. *Les deux dernières catégories ne sont pas des droits au sens subjectif du mot.* Les privilèges des nationaux par rapport aux étrangers sont uniquement la négation des charges et des limitations auxquelles sont soumis les étrangers ; *ils n'ont pas de contenu positif* et se réduisent à rien quand l'Etat traite les étrangers comme les nationaux. Les droits de liberté ou droits fondamentaux sont des règles que se donne à elle-même la puissance d'Etat ; ils constituent des barrières limitant les pouvoirs des autorités, ils assurent au particulier sa naturelle liberté d'action dans un cercle déterminé, mais ils ne fondent pas des droits subjectifs de citoyen d'Etat. *Ce ne sont pas des droits, car ils n'ont pas d'objet* » (1). C'est Gierke qui a répondu à cette

(1) Laband, *op. cit.*, I, 239.

affirmation de Laband. « Mais, dit-il, *les droits fondamentaux sont de véritables droits ayant un contenu juridique*. Au point de vue objectif, ce sont des normes qui délimitent une fois pour toutes la sphère de l'Etat de celles des individus. Il en résulte, au point de vue subjectif, le droit de l'individu au maintien de l'activité étatique dans ces limites et le devoir de l'Etat de les respecter... Les droits fondamentaux ne sont que la manifestation de la grande idée, que l'homme ne se confond pas entièrement avec le sujet, que l'Etat n'absorbe qu'une partie de la personnalité individuelle, qu'il existe enfin un domaine de libertés individuelles que la toute-puissance étatique même ne pourrait violer » (1).

Pour les jurisconsultes allemands, les impératifs juridiques adressés aux organes de l'Etat ne sont, la plupart du temps, que de simples instructions, qui, n'étant pas des garanties aux citoyens, ne peuvent être l'objet d'un jugement.

Il est particulièrement intéressant de connaître à ce sujet l'opinion de Laband. Le rôle de l'Etat dans le domaine du droit privé se réduit pour lui à la seule protection du droit. L'Etat n'aurait aucun intérêt à la réalisation d'un droit privé. Cela

(1) Gierke, *Laband's Staatssrecht*, etc., dans *Schmollers Jharbuch für Gesetzgebung*, etc., VII, 1883, p. 1133.

ne regarde que les particuliers. Toute citation devant le tribunal n'est qu'une simple demande que le particulier adresse à l'Etat en vue d'obtenir sa protection. Le jugement décide seulement si cette protection doit être accordée ; il n'est pas le verdict, mais la sanction étatique d'un droit *in concreto*, comme la loi n'est qu'une sanction du droit *in abstracto*. Le but final d'un procès n'est nullement la décision judiciaire sur un droit. La décision du tribunal sur un droit *in concreto* n'a qu'un caractère préparatoire en vue de la décision principale concernant l'intervention de l'Etat et se manifestant dans l'ordre adressé au particulier auquel on a donné tort.

Les choses se passent autrement dans le domaine du droit public. Le jugement n'a même pas à se prononcer sur un droit. La juridiction n'est ici qu'«une forme pour la réalisation des droits de domination étatique ». Ces droits de domination appartiennent incontestablement à l'Etat, ce n'est pas sur eux que peut porter le jugement. Il est évident que, dans la conception de Laband, le jugement ne constate jamais un droit, mais détermine seulement la forme dans laquelle les droits de domination de l'Etat doivent être exercés. Voilà pourquoi Laband ne voit dans le jugement

autre chose qu'un ordre semblable à celui contenu dans la loi.

Si, dans le domaine du droit public, les tribunaux compétents n'ont pas à connaître le droit des deux parties en présence, si le jugement rendu par ces tribunaux ne contient qu'un ordre adressé par l'Etat à ses organes et concernant la forme dans laquelle ceux-ci sont appelés à accomplir la volonté étatique, la juridiction administrative ne serait qu'une véritable *contradictio in adjecto*, étant donné, comme fait justement remarquer Gierke (1), qu'un ordre contre l'Etat n'est pas « erzwingbar ».

Une conclusion est à tirer de cette conception. Les jugements des tribunaux administratifs n'ayant à établir que la forme dans laquelle la puissance étatique doit s'exercer, la question de savoir si l'Etat doit adopter telle ou telle forme pour exercer sa puissance, n'est qu'une question d'utilité publique. Par conséquent, la juridiction administrative n'est pas indispensable à la protection du droit. L'Etat ne l'admet que lorsqu'il y trouve son « plus grand intérêt », comme dit Laband.

Il ne s'agit ici nullement des droits des particuliers, d'une réparation nécessaire des préjudices causés par l'Etat, mais de l'intérêt seul de l'Etat.

(1) *Loc. cit.*, p 1183.

Aussi Otto Mayer considère-t-il que l'Etat-législateur reste libre d'accorder cette protection du droit en quelque sorte supplémentaire, en affirmant que cela correspond entièrement à la nature de la juridiction administrative, étant donné que c'est une institution certainement très utile, mais non indispensable à la protection du droit dans le domaine de l'administration (1).

Nous avons vu combien peu efficace peut être une juridiction administrative s'inspirant d'une telle conception théorique. Ce n'est pas à tort que l'on considère la juridiction administrative française comme la plus développée qui soit et devançant de beaucoup celle de l'Empire Allemand en ce qui concerne la protection des intérêts individuels. Pourtant, en France, on en est encore à une doctrine rejetée par les auteurs allemands comme étant extra-scientifique. C'est une preuve de plus pour la relativité des conceptions juridiques.

Il est intéressant de voir ici comment la théorie allemande explique la limitation de l'Etat dans le domaine du droit privé. S'il est un droit dont la force résiste de tous les temps à la toute-puissance étatique, c'est bien le droit privé. « La loi par excellence, dit Paul Viollet, la loi presque intan-

(1) *Op. cit.*, I, p. 166.

gible, c'était le droit privé... ce qui échappe surtout à l'action législative de nos rois, c'est le droit privé. Un roi puissant tel que Philippe-Auguste fera bien, dans cette direction, un ou deux actes d'autorité. Mais ces exemples et quelques autres resteront isolés. Jusqu'à la fin de l'ancien régime le roi de France n'a touché que fort rarement au droit privé, lequel est demeuré, par excellence, droit local et coutumier..... Je me résume, le grand fait qui domine notre histoire, c'est, on le voit, la quasi-impuissance du pouvoir royal en face du droit privé » (1). La même limitation du pouvoir absolu a existé aussi en Allemagne. Le Prince même devait s'incliner devant le droit privé. D'où l'adage : *In den Gerichtshöfen die Gesetze sprechen und der souverän schweigen muss* » (2). Cette limitation de l'Etat par le droit s'est maintenue jusqu'à nos jours. Ce fait incontestable est expliqué par la théorie régnante allemande d'une manière curieuse autant que savante. « Quand on objecte, dit Laband, que l'Etat ne peut passer de contrat avec de simples particuliers, parce qu'il les domine, on émet une opinion erronée. C'est tout le contraire ! C'est précisément parce que l'Etat

(1) Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, II, 1898, p. 198 et suiv.

(2) Cf. Loening, *Verwaltungserchiv*, II, p. 258.

domine (Weil der Staat Herrscher ist) qu'il peut se servir à son gré de toute forme juridique lui paraissant utile; le fait même qu'il descend au niveau du droit privé et nous suivant ces règles des relations juridiques avec le particulier, confirme brillamment sa liberté, sa puissance souveraine de choisir la forme juridique qui lui convient. De même le particulier, au lieu d'employer la force, là où il le pourrait, préfère s'entendre à l'amiable, de même l'Etat, bien qu'il soit capable de réaliser ici aussi sa volonté par un acte unilatéral, préfère s'associer le particulier en lui accordant une sorte de droit de collaboration (Mitwirkungsrecht) et en lui achetant son consentement. Si cela lui réussit mieux, pourquoi l'Etat se donnerait-il des airs de *Herrscher*? » (1). L'opinion de Laband est très logique si l'on se rappelle son point de départ et le contenu qu'il donne à la puissance publique. Mais elle n'explique pas pourquoi l'Etat trouve *toujours* préférable de se soumettre au droit dans le domaine du droit privé. Puis, comment pourrait-on exécuter les jugements rendus contre l'Etat, vu qu'ils ne contiennent, dans l'idée de Laband, qu'un ordre adressé à l'Etat lui-même et que l'impératif adressé à soi-même n'est qu'une *contradicto in*

(1) Laband, *Archiv für öffentliches Recht*, II, p. 159. Cf. Thon, *op. cit.*, p. 139. Cf. *Le Droit public de l'empire all.*, II, p. 527.

adjecto. Enfin, une décision judiciaire dans le domaine du droit privé constate toujours, d'après Laband même, un droit *in concreto*. Or, qu'il nous soit permis de dire que la théorie régnante manque ici de logique, étant donnée son idée-maîtresse qui fait de l'Etat le possesseur de par nature de tous les droits, et à qui par conséquent l'ordre juridique ne peut rien donner qu'il ne possède déjà.

V

C'est ici qu'apparaît de nouveau l'impossibilité de construire un système de droit au moyen de déductions logiques et sans user de détours, c'est-à-dire sans forcer la logique elle-même, en prenant pour point de départ la puissance de l'Etat telle que la conçoit Laband. Voilà pourquoi les résultats auxquels il arrive nous font hésiter d'accepter son point de départ lui-même. Mais alors, d'où faut-il partir ? Sur quelles prémisses, établies d'avance et considérées comme de véritables axiomes juridiques, doit-on bâtir pour qu'il soit acceptable au point de vue juridique ? Peut-être n'est-ce qu'un problème d'alchimie juridique qui hante les esprits des juristes sans pouvoir être jamais résolu ?

Dernièrement, quelques nouveaux auteurs, pour

éviter les contradictions de la théorie régnante, adoptèrent un tout autre point de départ. Nous avons dit plus haut que la cause initiale de toutes ces contradictions est la conception de la puissance de l'Etat. Après lui avoir attribué le contenu aussi absolu que celui défini par Laband, on s'est efforcé en vain de le faire entrer dans les cadres limités du droit. Voilà pourquoi, nous semble-t-il, quelques nouveaux auteurs commencent par concevoir la puissance étatique d'une autre manière. On a vu, au cours de cette étude, comment la théorie régnante conçoit la *Herrschaft* de l'Etat. Or, cette conception paraît à quelques auteurs tout à fait erronée. « L'expression *Herrschaft*, dit Affolter, est une expression vulgaire et inexacte et n'a aucune signification pour une étude juridique de l'Etat » (1). En effet, et comme nous l'avons vu à propos de la contrainte, si tout le droit consiste en impératifs juridiques, il ne serait pas très logique d'introduire dans la science de droit la notion d'une puissance qui serait au-dessus d'eux. Telle est au moins l'opinion qui commence (si nous ne nous trompons pas) à se faire jour. Nous verrons, à la fin de cette étude, qu'une telle conception a pour elle un fondement assez sérieux dans

(1) Affolter, *Studien*, § 14.

la réalité des choses, là même où ce contact avec la réalité est indispensable, et qu'elle peut servir avantageusement de point de départ à des constructions juridiques. Dans cette conception, il s'agit d'une puissance éminemment juridique, non pas parce qu'elle possède, de par la nature, tous les droits possibles, mais parce que son activité s'exerce, — même dans la législation, — dans les limites tracées par le droit. Mais concevoir la puissance publique comme une puissance éminemment juridique n'est pas, au fond, l'œuvre de ce nouveau courant dans la littérature juridique allemande. Il se produit assez souvent entre les théories différentes une sorte d'osmose, si bien qu'on rencontre de très vieilles idées dans de toutes récentes théories. Il en est ainsi avec l'idée que toute activité étatique repose sur le droit. C'est ainsi que Gustav Seydler considère la puissance étatique comme juridique parce que l'Etat ne connaît d'autres activités que celle qui est basée sur sa constitution. Cette constitution, cet « ordre juridique constitutif » n'est que la forme perfectionnée donnée à un ordre juridique *préexistant* à la constitution. « La constitution, dit-il, n'est que l'autorévélation (Selbstoffenbarung) d'un être, produit des forces psychiques sociales. Ces forces psychiques, qui ont pour effet la formation

de l'Etat, étaient présentes déjà avant la proclamation de la constitution, mais dans un état imparfait par comparaison avec l'organisation de l'Etat (1) ». Si l'on rapproche cette théorie de l'idée que tout Etat a une constitution écrite ou non, il en résulte que, dans la conception de Seydler, il existe un droit *préexistant* à l'Etat. Or, c'est ce même droit que la littérature juridique allemande a enseveli sous les nombreuses théories à base scientifique, et pour laquelle il n'est plus de ce monde.

La puissance du *Moi-commun* de *Rousseau* est aussi une puissance juridique, reposant sur le contrat social. Ce *Moi-commun* est nécessairement un souverain absolu. Or, dans la conception de Seydler, l'Etat reposant sur un droit à lui préexistant a aussi nécessairement le pas sur les particuliers. « Etant donné, dit-il, que l'Etat réunit en lui la plus grande mesure de capacité de prestations individuelles de tous ses sujets, sa puissance est naturellement plus grande que n'importe quelle autre organisation qui se trouve dans ses limites (2). Voilà pourquoi il l'appelle le sujet de droits suprêmes (Hoheitssubjekt).

D'autre part, la conception de Seydler en aboutissant à un sujet suprême de droit se confond, en

(1) Seydler, *Das Juristische Kriterium des Staates*, 1903, p. 71.

(2) *Ibidem*, p. 47.

définitive, avec la théorie de l'école allemande. D'où le contact de cette théorie avec la doctrine des droits naturels, justement remarqué par Duguit, et cela malgré toute l'opposition apparente qui existe entre les droits naturels et le contrat social (1).

Dans la théorie des droits naturels, une limitation juridique de l'Etat était toute donnée. Là où la puissance de l'Etat s'arrête, ces limites, qu'elle ne franchit pas, sont les droits individuels appartenant à l'homme en tant qu'homme et qu'il possède de par nature, aussi bien que l'Etat-personne morale de l'école allemande possède de par nature les droits de domination. « Le pouvoir législatif, dit la constitution française de 1791 dans son titre I^{er}, § 3, ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils »

Il est inutile de nous étendre sur la doctrine traditionnelle française. On la connaît suffisamment, ainsi que l'influence qu'elle a exercée sur les destinées du monde civilisé. Mais la science a eu ses exigences. On avait trouvé que l'existence des droits naturels n'était pas prouvée. Il est vrai que l'existence des *droits* de domination de l'Etat

(1) Cf. Duguit, *Traité*, p. 33.

n'est pas prouvée non plus. On dit seulement que le fait de leur exercice est évident. Mais quand une nation s'efforce d'organiser et organise l'exercice des droit individuels, il y aurait peut être lieu de dire que cet exercice est, lui aussi, un fait évident. N'empêche que la doctrine des droits naturels se trouve ébranlée dans son fond même, puisque la source juridique de ces droits est scientifiquement indémontrable. C'est pourquoi les théories allemandes d'aujourd'hui la considèrent presque unanimement comme extra-scientifique. L'opinion de Jellinek est que cette théorie « ne peut être prise au sérieux » (1). C'est aussi une opinion qui commence à gagner les esprits en France même, pays de droits individuels par excellence. On en est ou aux constructions juridico-sociologiques ou aux spéculations logiques allemandes. Pourtant, nous avons vu que le caractère scientifique des doctrines allemandes est très incertain. Leurs résultats diffèrent à l'infini, bien que toutes parlent au nom de la science. Toute supposition est permise, toute doctrine est fondée si elle réussit à faire produire aux principes pré-établis tous les effets possibles au moyen des déductions logiques, — pourvu que ces consé-

(1) *Allgem. Staatslehre*, p. 206.

quences soient admissibles. S'il en est ainsi — et nous avons à plusieurs reprises démontré la relativité des constructions juridiques — il y a lieu de se demander si l'on a vraiment raison d'affirmer que les auteurs allemands les plus en vue ne sont pas loin des droits naturels qu'ils bannissent de leurs théories. Nous sommes loin de prétendre que la sphère où l'individu peut librement évoluer et que l'Etat lui reconnaît, dans la pensée de Jellinek, embrasse ce que la doctrine bannie entend sous les droits naturels. Mais qu'il nous soit permis de dire que, pratiquement, ces deux théories peuvent aboutir aux mêmes résultats. Il est vrai que, théoriquement, dans la conception de Jellinek, l'Etat reste maître de son droit et par conséquent peut élargir ou restreindre la sphère individuelle des particuliers, tandis que les droits naturels sont intangibles. Mais, en pratique, nous le répétons, cela revient au même, étant donné que le contenu des « droits sacrés de l'homme » est établi de la même façon que la sphère individuelle de Jellinek. Ne parle-t-on pas depuis quelques années « d'organiser les libertés acquises » ? Qui donc est appelé à les organiser sinon l'Etat ? Et alors pourquoi la doctrine, qui se proposerait de donner à l'Etat-législateur le principe à suivre pour orga-

niser la sphère individuelle de l'homme, ne serait-elle pas « sérieuse » ?

Pour ce qui est du caractère peu scientifique de la conception de Rousseau, il est à remarquer que, d'après Jellinek lui-même, il est certain que Rousseau ne visait aucunement d'expliquer la formation même de l'Etat et qu'il ne prenait pas son Contrat pour un fait historique, mais voulait simplement légitimer l'Etat (1). A l'appui de cette juste remarque il cite Rousseau lui-même : « L'homme, dit Rousseau, est né libre, et partout il est dans les fers. Tel se croit le maître des autres, qui ne laisse pas d'être plus esclave qu'eux. Comment ce changement s'est-il fait ? *Je l'ignore*. Qu'est-ce qui peut *le rendre légitime* ? Je crois pouvoir résoudre cette question » (2). Aussi Rousseau dit-il dans la préface de *Discours sur l'inégalité parmi les hommes* : « Commençons donc par écarter tous les faits, car ils ne touchent point à la question. Il ne faut pas prendre les recherches dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels. »

Autant il était nécessaire de rendre justice à Rousseau et de réfuter une objection faite trop à

(1) *Allgem. Staatslehre*, p. 204.

(2) *Contrat social*, I, 1.

la légère à son Contrat, autant il est surprenant de voir Jellinek reprendre l'objection pour son compte en ce qui concerne la théorie du contrat social en général (1).

Il ne s'agit dans le Contrat que d'une conception rationaliste. On a *admis* l'hypothèse du contrat et on en a tiré des conséquences logiques. Que ces conséquences fussent bien « admissibles » pour bien des esprits, prouve le succès de la doctrine de Rousseau. D'après Jellinek lui-même, le meilleur procédé juridique est d'établir un principe et d'en déduire les conséquences qui s'imposent ; si celles-ci sont « admissibles », on fait du principe une sorte d'axiome. Or, c'est précisément ce que la France a fait du contrat social. La relativité des doctrines juridiques se trouve donc démontrée une fois de plus.

D'autre part, l'idée de contrat social implique l'idée de consentement général à ce que les normes juridiques approuvées soient respectées. « Or, dit Bierling, le moment constitutif du droit est sa reconnaissance par les membres (genossen) comme norme de la vie en commun » (2). C'est presque l'idée de Rousseau ; Bierling s'en défend en disant

(1) Cf. p. 206.

(2) Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I, 1877, Gotha, p. 66. Cf. p. 83, p. 138. Cf. tome II, 1883, p. 33.

que la théorie du contrat social suppose la force obligatoire du contrat, alors que le droit positif ne la connaît pas. Mais il n'est pas si loin de l'idée de Rousseau. Son explication du droit et de l'Etat est aussi hypothétique que celle de Rousseau. Il imagine (§§ 80-100) quatre personnes A, B, C, D, sur quatre îles isolées qui trouvent le moyen de se mettre en relation l'une avec l'autre (1). Il est évident que A, s'il se met en rapport avec B, le fera sous une certaine forme, c'est-à-dire en respectant une norme pour chaque rapport. Mais il est aussi évident que s'il noue des relations avec C et D, il le fera sous la même forme, c'est-à-dire en respectant les mêmes normes. Pour chaque norme particulière il y aura donc consentement des membres de cet Etat à devenir. Ce qui revient à dire qu'il y aurait un consentement général en droit et par conséquent à la formation de l'Etat même. Le fait, que Bierling en arrive pour l'Etat, en se servant d'équations mathématiques, à la formule : $(\alpha \begin{smallmatrix} 1 \dots X \\ \dots \end{smallmatrix} \xi \begin{smallmatrix} 1 \dots X \\ \dots \end{smallmatrix})^{11, 12, 13, \text{ etc.}}$ et pour la société à la formule : $(\alpha \begin{smallmatrix} 1 - X \\ \dots \end{smallmatrix} \xi \begin{smallmatrix} 1 \dots X \\ \dots \end{smallmatrix})^{1, 2, 3}$ (2), tandis que Rousseau est arrivée à l'idée claire du contrat, — n'abolit pas son identité mathématique avec la doc-

(1) P. 107 et suivantes.

(2) P. 130. La formule mathématique du plus simple type de l'Etat est : $A \begin{smallmatrix} 1 \dots X \\ \dots \end{smallmatrix} X \begin{smallmatrix} 1 \dots X \\ \dots \end{smallmatrix}$,

trine de Rousseau. Nous verrons par la suite que c'est dans cette reconnaissance individuelle de la norme comme telle, dans la conviction personnelle de sa force d'application que Jellinek trouve le dernier fondement du droit. L'osmose entre les théories qui, au premier abord, paraissent diamétralement opposées, est par là même démontrée.

VI

Avant de passer à la théorie de l'autolimitation de Jellinek, revenons pour un instant à la théorie de M. Duguit, qui admet en définitive et résolument une limitation juridique de l'Etat. D'après lui, la règle de conduite que les gouvernants imposent aux gouvernés n'est juridique que si elle repose sur la solidarité sociale. C'est donc la solidarité sociale qui limite l'action juridique de l'Etat. Dans la pensée de M. Duguit, cette solidarité sociale a presque autant de force que les droits naturels : « Cette règle de conduite, dit-il, est sociale par son fondement, mais elle est individuelle dans son application. Elle est générale parce qu'elle s'applique à tous les individus sans exception, puisque tous les individus sont encadrés dans la solidarité sociale » (1). Qu'on ne croie pas que les limites

(1) *Etat*, p. 260-261.

posées par cette solidarité aux gouvernants soient faciles à franchir. Cette limitation juridique de l'Etat est particulièrement rigoureuse dans la conception de M. Duguit. « Dans notre doctrine, dit-il, la limitation juridique du pouvoir législatif de l'Etat se conçoit aussi aisément. Il est vrai qu'elle s'applique aux individus qui détiennent le pouvoir, et non à l'Etat considéré comme une personne. Mais cette limitation n'est pas moins rigoureuse ; et c'est même pour cela qu'elle est particulièrement rigoureuse. Comme les individus, les gouvernants ont des devoirs juridiques fondés sur *l'interdépendance sociale* ; ils sont comme tous les individus obligés de mettre leurs aptitudes propres au service de la solidarité sociale. Les gouvernants, par définition, possèdent la plus grande force existant dans une société donnée ; ils sont donc obligés, par les règles de droit, d'employer la plus grande force dont ils disposent à la réalisation de la solidarité sociale. Ils doivent ainsi faire toutes lois nécessaires pour obtenir ce résultat ; et *a fortiori* ils ne peuvent faire aucunes lois contraires au développement même de la solidarité sociale. Le droit impose aux gouvernants non seulement des obligations négatives, mais aussi des obligations positives » (1). En laissant de

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, p. 51.

côté la substitution intéressante du terme « interdépendance », employé déjà par M. Pillet pour les rapports internationaux, au terme « solidarité », nous allons nous occuper des limites que la solidarité sociale pose aux gouvernants... L'objection principale qu'on puisse adresser à M. Duguit est la suivante : Pour le cas où les gouvernants s'aviseraient de franchir ces limites en se hasardant au delà de la solidarité sociale, M. Duguit proclame le droit de chacun à la révolte. Voilà une chose que nous n'avons jamais pu comprendre dans cette théorie. On peut supposer que la solidarité sociale résulte nécessairement de la vie sociale, indépendamment des volontés humaines, puisque tous les individus sont encadrés dans la solidarité sociale et ne peuvent vivre que grâce à elle, et que les gouvernants sont pris comme tous les individus dans les liens de la solidarité sociale » (1). En ce cas, il est compréhensible que cette solidarité s'impose « à toutes les volontés individuelles », et qu'il ait une règle de droit supérieure à l'individu et à l'Etat, supérieure « aux gouvernants et aux gouvernés » (2). Mais alors il n'est pas compréhensible que les gouvernants puissent briser ce cercle de fer qu'est la solidarité sociale ; et il faut pourtant

(1) *Etat*, p. 261.

(2) *Ibidem*, p. 12.

qu'ils en sortent, pour que les individus puissent user de leur droit à la révolte. D'autre part, on peut supposer que cette solidarité est une chose voulue, imposée par les gouvernants pour le bien-être général, et, en ce cas, la doctrine de M. Duguit se confond entièrement, sur ce point, avec la doctrine allemande, d'après laquelle l'Etat en créant son droit ne réalise autre chose que ce même bien-être général.

Nous croyons qu'il s'agit de la première conception dans la pensée de M. Duguit, c'est-à-dire d'une dépendance mutuelle entre les hommes. Mais alors les gouvernants, quoi qu'ils fassent, ne pourraient jamais faire un acte anti-solidaire ; leur volonté, bien que n'étant pas d'une essence supérieure, serait infaillible, à l'instar de la volonté divine se manifestant dans les actes du monarque, selon la théorie du droit divin ; elle se confondrait aussi avec la conception anglaise : *the King cannot do wrong*, et la conception allemande que la volonté de l'Etat, quoi qu'il fasse, reste toujours juridique. Quand bien même les faibles se sentiraient écrasés dans cet enchaînement de fer, qu'ils ne pourraient se révolter. Voilà pourquoi nous avons dit, au début de cette étude, que, dans la conception de l'Etat-fait, la position même du problème est impossible. Il paraît qu'il en est de

même dans la conception allemande d'après laquelle la puissance étatique est toujours juridique (1).

Il est un autre auteur qui admet l'existence d'un ordre extérieur et supérieur aux hommes. C'est Rudolf Stammler dans son remarquable ouvrage *Wirtschaft und Recht*. Lui aussi suppose une règle de conduite qui s'impose aux individus, le veulent-ils ou non. « Sous la règle extérieure de conduite des hommes, dit-il, nous entendons celle qui s'impose aux individus par elle-même et indépendamment de leurs mobiles personnels » (2). Pourquoi l'individu obéit-il à cette règle ? Comment se fait-il que les motifs qui déterminent l'action juridique l'emportent sur les mobiles personnels ? Toutes ces questions, dit cet auteur, n'ont pas d'importance. Cela se conçoit aisément dans la pensée de Stammler. « Du moment, dit-il, que l'on parle de vie en commun et d'activité collective de la société humaine, on admet nécessairement par là, et d'avance, une coordination extérieure de la vie sociale comme condition indispensable. Aucune observation de la vie sociale ne peut renoncer à prendre en considération cette

(1) V. Seydler, *Kriterium*, p. 44, pour qui cette question ne se pose même pas.

(2) Stammler, *Wirtschaft und Recht*, Leipzig, 1896, p. 105.

condition nécessaire. Toute cette vie est une activité coordonnée et dirigée sur la satisfaction des besoins humains ; il est tout à fait indifférent de savoir quels sont ces besoins. « C'est de cette coordination que dérive la règle juridique s'imposant à l'individu. C'est aussi pour la même raison que l'ordre juridique est agressif (1), qu'il *veut* s'imposer. Stammler s'efforce aussi de déterminer les « conditions réelles de la vie sociale », mais il paraît rejeter la notion de force chère à M. Duguit, ce qui nous semble logique. Il dit que « la plus grande force dans une société humaine suppose déjà la notion d'un ordre qui la réglemente » (2). Pourtant, il admet la notion de force dans un cas de formation du droit. D'après lui, le droit peut changer ou par une collaboration (*Vereinbarung*) ou par la force. Mais, dans ce dernier cas, il ne peut être question d'un nouveau droit, qu'à partir du moment où celui-ci commence à être appliqué (3). Mais si l'anarchie se prolonge, l'ancien droit doit être considéré comme étant toujours en vigueur. Pour qu'un ordre soit juridique, il faut que celui auquel il est adressé lui obéisse effectivement. Prenons un exemple. Si le roi Ma-

(1) *Op. cit.*, p. 528.

(2) *Op. cit.*, p. 334.

(3) *Op. cit.*, p. 508 - 509.

nuel de Portugal adressait d'Angleterre un ordre à ses anciens sujets, cet ordre ne serait pas juridique, puisqu'un autre droit est déjà établi. Mais tous les ordres qu'il aurait pu adresser à son peuple pendant que la lutte se livrait dans les rues de Lisbonne, auraient été juridiques. Du moment que le nouveau droit commence à être obéi, l'ancien est par là même supprimé. Mais dans ce cas, la force des vainqueurs continue à se manifester juridiquement. « La force des puissants de la terre, dit Stammler, ne peut subsister que sur la base de l'ordre juridique ; la notion de droit est la condition logique de la puissance sociale » (1).

Si nous ne nous trompons pas, la théorie de M. Duguit, en ce qui concerne son fondement philosophique, est aussi celle de Stammler. L'un et l'autre supposent l'existence d'un ordre supérieur aux individus et par là même s'imposant à eux. L'un et l'autre admettent le changement perpétuel de la règle juridique qui en dérive (2). On connaît l'opinion de M. Duguit sur les droits naturels. Voici celle de Stammler : « Il est impossible, dit-il, d'établir un contenu bien défini d'une règle juridique déterminée comme un idéal valable pour les temps et tous les peuples. Invoquer la

(1) *Op. cit.*, p. 334.

(2) Pour Stammler, voir *op. cit.*, p. 179.

nature humaine ne sert ici à rien » (1). « Mais on ne peut jamais établir une norme juridique absolument invariable..... Chaque norme n'est sacrée que pour un certain temps (2).

L'objection faite à M. Duguit peut être adressée aussi à Stammler. Quand on admet l'existence d'un ordre extérieur s'imposant aux hommes indépendamment de leur volonté, on ne conçoit pas aisément comment cet ordre extérieur pourrait être rompu. Toutefois l'objection ici n'a pas la même force. Voici pourquoi : Le droit se distingue, dans la pensée de Stammler, d'une part, des règles conventionnelles, de l'autre, du pur arbitraire. Ce qui le distingue des règles conventionnelles, c'est qu'il n'a pas besoin d'être reconnu par celui qui s'y conforme. D'autre part, il prétend à l'inviolabilité, ce qui n'est pas le cas d'un ordre arbitraire (3). « Le droit, dit-il, peut être violé, mais il ne le *veut* pas, il meurt mais ne se rend pas » (4). Si la conception de Stammler ne se réduit pas au vieil adage : *Ubi societas ibi ius* ; si le droit est vraiment la condition indispensable de la vie en commun, les développements de

(1) *Op. cit.*, p. 184.

(2) *Op. cit.*, p. 521.

(3) *Op. cit.*, p. 498.

(4) *Op. cit.*, p. 498 : « Das Recht kann gebrochen werden, aber es will es nicht ; es stirbt, doch es ergiebt sich nicht ».

Stammler sont à concevoir de la manière suivante : le droit peut être impuissant à protéger tout l'ensemble d'impératifs qu'il émet (par exemple dans le cas où le délinquant n'est pas découvert), mais il en reste toujours un grand noyau suffisant pour faire vivre une société donnée et correspondant toujours à ses besoins. Par conséquent, le régime despotique, au sens le plus rigoureux du mot, et où la violence peut venir d'en haut aussi bien que d'en bas, serait juridique tant qu'il subsiste, étant donné qu'il y a là une vie en commun, et par là même un ordre extérieur, une coordination enveloppant tout et supposant déjà un ordre juridique s'imposant à tous. Il s'impose aussi, en règle, au despote lui-même et le régime le plus despotique connaît la différence entre le droit et l'arbitraire (1). « Le sens formel de la limitation du chef tout puissant ou du despote, dit Stammler, par ses propres ordres jusqu'à ce qu'ils soient retirés, est entièrement identique au caractère d'inviolabilité attribué aux lois modernes » (2). Si on rapproche cette autolimitation du despote de celle du Prince de Seydel et de celle de l'autolimitation de l'Etat dont il sera parlé plus loin, on peut déjà dire d'avance qu'en fait d'autolimitation

(1) *Loc. cit.*, p. 516 - 517.

(2) P. 520.

il ne s'agit au fond que de l'autolimitation imposée par n'importe quelle règle de droit, fût-elle adressée au despote, au monarque, à l'Etat ou à un simple particulier. D'autre part, il en résulte que la dépendance existant entre les hommes pourrait être prise comme base d'un système juridique à condition qu'on démontre comment chaque rapport de dépendance mutuelle obtient sa forme juridique, c'est-à-dire comment l'interdépendance générale est suivie par le droit. Notre éminent maître M. Pillet a montré que cette manière de voir est avantageuse pour le droit international. Mais nous croyons que la même idée peut être suivie aussi avantageusement en ce qui concerne la formation du droit interne. A notre avis, la loi du moindre sacrifice (1) implique l'idée de compromis qui, seul, explique et la formation du droit et sa force d'application. Nous en parlerons à la fin de cette étude.

Nous nous contenterons ici de dire que c'est là le point de départ le plus reculé qu'on puisse adopter dans une étude juridique. Aussi considérons-nous qu'il n'y a pas lieu de rechercher ce qui se trouve sous ce vaste compromis qu'est le droit, bien que ces recherches puissent être très intéressantes au point de vue sociologique.

(1) Pillet, *op. cit.*, p. 42.

VII

On a vu que les partisans allemands de l'Etat de droit n'admettent pas la possibilité d'une limitation théorique de l'Etat par le droit. Des deux notions qui leur servent de point de départ, c'est la notion de puissance absolue étatique qui l'emporte. La limitation juridique de l'Etat est donc, en théorie, ou, comme dit Laband, *in abstracto*, définitivement rejetée par la théorie régnante de l'école allemande. Il est pourtant un partisan de l'Etat de droit, et des plus illustres, qui n'admet pas cette conséquence, même théoriquement, c'est-à-dire pour des besoins de construction juridique : c'est Jellinek, dans sa célèbre théorie de l'autolimitation. Nous avons vu que l'idée d'autolimitation est concevable dans la théorie du Rechtsstaat aussi bien que dans celle de Seydel et autres, et que Stammler admet même une limitation juridique du despote, c'est-à-dire, politiquement parlé, dans un régime de pire absolutisme. S'il n'y avait pas d'autres arguments dans la théorie de Jellinek, celle-ci ne mériterait pas d'être mise à part. Mais c'est précisément dans cette théorie que le savant professeur s'éloigne le plus des autres représentants de l'école allemande. Les arguments qu'il apporte à l'appui de sa théorie touchent

de trop près les questions fondamentales du droit pour qu'on puisse se contenter de rejeter ici les objections faites aux autres auteurs allemands.

L'idée d'autolimitation se trouve déjà chez l'auteur à qui la science juridique doit l'adage : Le droit, c'est la politique de la force, qualifié d'« involontairement cynique » par Stammler. On se rappelle que Ihering considère comme une contradiction *in adjecto* l'impératif adressé à soi-même, ce qui porte à croire que l'idée d'autolimitation doit être étrangère à sa théorie. Il n'en est nullement ainsi. « Nous avons montré, dit-il, la voie dans laquelle la force aboutit au droit n'obéissant à d'autres motifs qu'à son propre intérêt. La forme que revêt ici le droit est la *paix* : le combat cesse par la conclusion d'un *modus vivendi* que les deux parties en présence reconnaissent comme obligatoires. La force s'impose donc par là, l'observation d'une règle qu'elle veut respecter, elle reconnaît une norme à laquelle elle se considère soumise, et cette norme, reconnue et approuvée par elle-même, est le *droit*. Peu importe pour ce processus si le droit est respecté par elle ; elle peut le fouler aux pieds, reprendre sa conduite précédente, mais elle a créé irrévocablement le droit, et ce fait reste intact malgré elle. Elle a déterminé un trait de sa propre conduite et a

fourni un criterium pour être jugée elle-même ; si elle foule aux pieds son œuvre propre, ce ne sera plus la force qui agira, mais l'arbitraire, — c'est-à-dire la force qui se dresse contre le droit » (1). Examinons de près l'idée de Ihering. D'abord, il s'agit ici, incontestablement d'une autolimitation. Mais lequel des deux combattants en présence, amenés à reconnaître comme obligatoires l'ensemble de règle qu'est ce *modus vivendi*, s'imposera de lui-même une limitation ? Lorsque Ihering dit que la force, après avoir créé le droit, pourrait le fouler aux pieds, mais que le droit resterait droit, il a parfaitement raison. Toutefois, on est porté à croire qu'il ne s'agit, dans sa pensée, que d'une seule des deux forces en présence. S'il en est ainsi, l'idée de l'autolimitation appliquée à l'Etat de Jellinek ou aux plus forts de Gumpowicz et Duguit, conduit non seulement à l'idée de toute-puissance du gouvernant, mais aussi elle crée un abîme, un antagonisme incompréhensible entre l'individu et l'Etat. Puis, l'idée d'autolimitation ainsi comprise et appliquée à l'Etat, conçoit l'ensemble d'impératifs qu'est le *modus vivendi* étatique comme autant de commandements adressés par le plus fort au plus faible et dans

(1) Ihering, *op. cit.*, p. 243.

l'intérêt du plus fort. Il y en a pourtant quelques-uns qui s'adressent au plus fort, car sans cela on ne parlerait pas d'autolimitation. Ihering dit que la force obéit à ceux-ci même dans son propre intérêt (1). Mais un impératif exige toujours une prestation quelconque au profit d'un autre. Cela veut dire que les impératifs qui s'adressent à la force s'imposent à elle mais non à son propre intérêt, contrairement à ce que dit Ihering.

D'autre part, l'idée d'une telle autolimitation exclue l'idée de collaboration et pourtant la notion d'armistice l'implique nécessairement. S'il y a collaboration c'est qu'il y a nécessairement compromis d'intérêts dont on sacrifie les uns pour satisfaire les autres, et, à notre avis, le vaste compromis étatique n'est que le résultat de telles transactions. Même dans le cas d'une victoire considérée décisive, le seul fait des reprises de rapports implique nécessairement les transactions mutuelles, un compromis des intérêts de deux individus, de deux groupes ou de deux Etats. L'ensemble d'impératifs auxquels on obéit de deux côtés, n'est que la forme juridique de ce compromis. Le droit international, à qui d'aucuns jurisconsultes allemands refusent la nature juridique, est bien droit, parce

(1) *Op. cit.*, p. 249.

qu'il a à sa base un compromis qui comporte toujours des impératifs obligatoires, comme il sera démontré plus loin. Pour l'instant, contentons-nous de dire qu'il puise sa force obligatoire dans le compromis même, ou, si l'on veut, dans la nécessité de le faire. Devant sa force obligatoire — et pour les impératifs de droit international qui existent réellement, — le prétendu droit d'indépendance de l'Etat disparaît complètement. « L'indépendance de l'Etat, dit M. Pillet, n'existe pas, telle est la conséquence fatale de l'existence du commerce international » (1). Rien de plus juste. Les conséquences qu'on déduit d'un tel principe évitent d'avance l'objection des réalistes, de ne pas répondre aux faits existants, à la réalité des choses. Mais qu'il nous soit permis une seule objection. Le savant professeur réfute le droit à chaque Etat de se donner le gouvernement de son choix. Mais la réfutation est tellement énergique que nous craignons que le principe même de non-intervention ne sombre entièrement. « Il n'est pas vrai, dit-il, que l'État soit absolument libre de se donner le gouvernement et l'administration de son choix. Il est certain que les États tiers ne reconnaîtraient pas un gouvernement qui affecterait de mécon-

(1) Pillet, *op. cit.*, p. 27.

naître les obligations internationales de l'État, ou présenterait un tel exemple d'anarchie qu'il compromettrait la sécurité des communautés voisines. Cette restriction est si bien admise qu'elle a servi de prétexte aux partages de la Pologne, et de cause au démembrement de la République de Cracovie (1).

D'autres exemples sont à citer (Turquie, etc...). Mais ces restrictions n'abolissent pas le principe même. L'impératif de non-intervention doit être maintenu dans le droit international public et, si nous ne nous trompons pas, telle est, en définitive, l'idée même de M. Pillet. « Si, dans la plupart des cas, dit-il, la communauté internationale reconnaît les changements de gouvernement intérieur qui se produisent dans l'État, c'est que, depuis longtemps, il est admis que de pareils changements laissent intacts les droits et devoirs de l'État à l'égard des autres. La pratique, à l'aide de ce principe, est allée au-devant des objections possibles, et a désarmé les contradictions en désintéressant les contradicteurs. C'est cette circonstance seule qui a permis de poser le prétendu principe de l'indépendance de l'État en cette matière » (2).

Il semble donc que, dans l'idée de M. Pillet, le

(1) *Ibidem*, p. 27-28.

(2) *Ibidem*, p. 27, n° 1.

principe de non-intervention peut subsister pour les rapports étatiques autres que ceux qui engagent leurs relations internationales. Nous ne sommes pas guidés ici par des considérations qui ne seraient que trop naturelles chez celui qui appartient à un petit Etat en proie aux convoitises des grands. Mais nous croyons que les impératifs juridiques résultant nécessairement des rapports internationaux soient respectés de part et d'autre dans un intérêt mutuel. Un Etat qui opère un changement régulier ou irrégulier se gardera bien et se garde toujours de causer préjudice aux autres Etats, comme le démontre bien la pratique dont parle M. Pillet. Or, le compromis qui est à la base des impératifs juridiques, réglementant les rapports des deux Etats, reste intact, ainsi que les intérêts qu'il sauvegarde. C'est la seule chose qui importe ici. On peut objecter qu'on ne peut jamais savoir si, oui ou non, un changement de gouvernement intérieur porte préjudice à un autre Etat. Mais ce qu'on peut savoir c'est si un changement s'opère en dehors des intérêts *engagés*. Et c'est, à notre avis, le seul critérium qui puisse nous faire apercevoir les limites d'une sphère que le droit international actuel reconnaît à l'Etat comme ne relevant que de sa propre volonté, et à l'instar du droit interne qui reconnaît à l'individu une sphère d'où l'interven-

tion étatique est exclue, de même le droit international reconnaît une sphère « individuelle » à l'Etat, qui échappe à l'intervention internationale. Cela ne veut pas dire que celui-ci redevient entièrement indépendant, mais que, comme les individus eux-mêmes, il doit avoir également sa place dans la communauté internationale. L'intérêt même de celle-ci l'exige. L'interdépendance qui existe entre les nations dans leurs rapports mutuels ne s'y oppose pas plus que celle qui existe entre les individus dans un Etat à la reconnaissance d'une sphère individuelle. Ce qui nous paraît établi, c'est bien l'idée de cette interdépendance d'où découle tout le droit. Sur ce point l'idée de M. Pillet est entièrement acceptable :

« Dût notre amour-propre en souffrir un peu, dit-il, nous devons nous résoudre à reconnaître que nous ne sommes indépendants ni comme individus, ni comme nations. C'est un fait certain. Est-ce un fait que l'on doive déplorer, je ne le pense pas. S'il m'est permis, après cette étude juridique d'entrer pour un instant dans le domaine de la philosophie sociale, je dirais volontiers que la civilisation et l'indépendance sont deux facteurs qui demeurent nécessairement en raison inverse l'un de l'autre. Cela se vérifie soit dans la condition de l'individu, soit dans celle de l'Etat. Som-

mes-nous libres comme individus ? Nous le sommes de moins en moins, le fait est évident. A mesure que, par l'effet d'une expérience plus longue, nos facultés s'aiguisent et tendent à des objets nouveaux, naissent aussi des besoins nouveaux qui, nous faisant rechercher avec plus d'ardeur le concours de nos semblables, nous rendent plus souvent et plus profondément sujets à leurs lois, L'homme libre est le sauvage qui vit au fond des bois, réduit à lutter tous les jours contre les dangers qui l'entourent, et cherchant à grand'peine à se procurer les premières nécessités de la vie, mais exempt au moins de toute contrainte sociale; c'est aussi le misanthrope qui préfère l'isolement au poids de la vie sociale; mais ce n'est en aucune façon le type commun de l'homme, celui qui accepte les charges d'un commerce incessant avec ses semblables afin d'en goûter les avantages. Celui-ci sait qu'il doit abdiquer une part notable de son indépendance et il s'y résigne si volontiers que, non content d'obéir aux lois qu'édicte son souverain, le représentant des intérêts communs, il s'impose à lui-même quantité d'autres règles que nulle autorité ne lui prescrit, mais qu'il accepte comme une conséquence naturelle de l'existence qu'il a choisie » (1).

(1) Pillet, *op. cit.*, p. 29-30.

Or, cette interdépendance s'oppose à l'autolimitation telle qu'il résulte du passage précité de Ihering. Le droit qui en découle ne peut être imposé par les forts aux faibles, mais s'impose aussi bien aux uns qu'aux autres, étant donnés leurs rapports de dépendance mutuelle. Il nous semble, toutefois, que la conception de Ihering aboutit en définitive à cette même idée. Il est vrai que son remarquable ouvrage *Der Zweck im Recht* est de ces sources littéraires d'où il est possible de tirer des arguments à l'appui des thèses opposées. Ainsi l'on pourrait dire que, dans son célèbre adage, il y a moins de cynisme involontaire que Stammler ne le pense. Le dernier paragraphe du premier volume de son *Zweck* est intitulé : *La solidarité des intérêts de la société et des individus*. « Nous avons séparé, dit-il à ce paragraphe, dans ce qui précède, l'individu d'avec l'Etat, comme s'ils étaient étrangers l'un à l'autre, allant chacun de leur côté et ne pensant qu'à eux-mêmes, Mais cette conception ne correspond pas à la nature de leurs rapports mutuels, car l'Etat est l'individu même, — le mot de Louis XIV : l'Etat c'est moi, s'appliquant à chaque sujet de l'Etat ». Il aurait peut-être mieux valu commencer par l'idée d'interdépendance. Mais si l'on accepte comme point de départ l'idée d'interdépendance, il est

nécessaire de bien la définir. A notre avis, et contrairement à ce que prétend M. Duguit, l'idée d'interdépendance ne se confond pas avec l'idée de solidarité sociale. Il peut y avoir interdépendance sans qu'il y ait solidarité sociale. Les intérêts des classes ouvrières et patronales d'un pays sont solidaires envers l'étranger, mais se trouvent en état d'interdépendance les uns à l'égard des autres. L'idée d'interdépendance implique la notion d'un fait existant, l'idée de solidarité sera celle d'un idéal à réaliser (droit au travail ; régime collectiviste, etc.). Du reste, pour que l'idée d'interdépendance soit utilisable à une explication théorique du droit, il faut l'observer dans chaque cas particulier et pour un rapport donné, c'est-à-dire là où elle existe réellement. Un ordre extérieur qui, comme celui de Stammler, pèse sur tout ce qui existe ou qui embrasse tout, comme la solidarité sociale de Duguit, ne peut être d'une grande utilité dans une étude juridique qu'en tant que le fondement philosophique du Droit ; mais, par là même son fondement juridique n'est pas donné. Encore faut-il abandonner définitivement la notion de solidarité qui prête à la confusion. Aussi le savant professeur de Bordeaux s'en rend-il compte lui-même en déclarant dernièrement qu'il préfère dire l'interdépendance sociale : « Il n'y a pas de

politicien de village qui ne parle de la solidarité sociale, sans comprendre du reste la portée de ces mots. Aussi préféré-je dire l'interdépendance sociale » (1). Mais, à notre avis, il ne faut non plus identifier la notion même de solidarité avec celle d'interdépendance sociale, d'autant plus que M. Duguit dit lui-même :

« Cette règle sociale, quelque nom, quelque fondement qu'on lui donne, existe certainement, ne peut pas ne pas exister, car sans elle la société n'existerait point. Toute société est une discipline ; et comme l'homme ne peut vivre sans société, il ne peut vivre que soumis à une discipline. Mon intention n'est point ici de démontrer plus longuement la réalité de cette règle, ni d'en déterminer le fondement. J'ai tenté de le faire ailleurs. Aussi bien cette salle est encore remplie des accents éloquents avec lesquels MM. Léon Bourgeois, Darlu, Rouh, Gide, affirmaient naguère encore le principe de solidarité et en développaient les principales applications. Je crois bien, en effet, que la règle sociale dont je parle, a pour fondement le fait de la solidarité sociale, que je n'entends pas tout à fait, cependant, comme les éloquents orateurs dont je viens de citer les noms. Je

(1) Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, 1908, p. 8.

ne vois pas, notamment, comment peut intervenir ici l'idée d'un quasi-contrat qu'on a souvent invoquée. Je ne vois pas que cette expression, que l'on détourne du sens précis qu'elle a dans la technique du droit romain et du code civil, ajoute de précision à la notion de solidarité sociale. *Dans la solidarité, je ne vois que le fait d'interdépendance* unissant entre eux par la communauté des besoins et la division du travail les membres de l'humanité et particulièrement les membres d'un même groupe social ».

VIII

Ihering avait creusé le fossé qui sépare l'individu de l'Etat et, comme nous l'avons vu, c'est en vain qu'il a essayé de le combler. L'antagonisme *théorique* entre l'individu et l'Etat n'a fait depuis que croître. L'idée de la force accumulée en la personne de l'Etat était admise comme marque essentielle de l'Etat. On a dit que cette notion est la marque essentielle de l'Etat *au point de vue juridique*. Mais il nous semble que, parmi les partisans de la théorie régnante, seul Jellinek a réussi à conserver jusqu'à un certain point la distinction qu'il y a entre la force telle que la conçoit Ihering et la puissance publique telle qu'elle

doit être considérée par un juriste. Comme nous verrons tout à l'heure, la notion de puissance étatique, d'après lui, n'est pour un juriste qu'un instrument facile à manier et se prêtant aux constructions juridiques. Nous avons vu que cet instrument n'était pas aussi pratique, justement parce qu'on le confond facilement avec la force réelle. D'où la multitude de contradictions chez les auteurs allemands, l'incompatibilité entre l'idée de droit et celle de puissance étatique et, par conséquent, l'impossibilité théorique de limiter l'Etat par le droit. A la question de savoir si l'Etat peut être, théoriquement, limité par le droit, l'école allemande répond presque *unisono* : non. C'est aussi le résultat auquel arrivent les partisans même les plus fervents du *Rechtsstaat*, tels que Laband, Mayer et autres. Pourtant, il en est un qui arrive à un résultat tout à fait opposé : c'est, nous l'avons déjà vu, Jellinek, dont nous allons exposer la théorie sur le rapport qui existe entre l'Etat et le droit.

L'école allemande n'admet pas l'idée d'une limitation théorique de l'Etat par le droit parce que dans sa conception c'est l'Etat qui crée le droit et personne ne peut être lié par sa propre volonté. Or, Jellinek, tout en affirmant que l'Etat crée le

droit (1) admet qu'on peut être lié par sa propre volonté. C'est l'idée maîtresse de Jellinek. Appliquée à l'Etat, elle aboutit à la limitation de l'Etat par son propre droit, c'est-à-dire par sa volonté même. D'où le nom de la théorie.

Jellinek croit fermement avoir résolu un des plus difficiles problèmes de notre science : celui de la limitation juridique de l'Etat. Aussi est-il convaincu que, d'une solution affirmative du problème, dépend le sort, non seulement du droit public, mais du droit en général. Mais le fait même de poser ce problème, ne porte-t-il à croire que, dans la pensée de Jellinek aussi bien que dans celle de Laband, l'Etat soit séparé du droit. S'il en est ainsi, comment comprendre que, d'après Jellinek — comme nous l'avons déjà fait remarquer — l'Etat fasse partie du droit même ? Si l'Etat est une personne juridique, pourquoi parler de sa limitation par le droit, étant donné que l'idée d'une telle personnalité implique déjà l'idée de limitation juridique ? Jellinek lui-même ne dit-il pas que les relations entre l'Etat et ses sujets sont éminemment juridiques, étant relations entre deux sujets de droit ? Peut-on supposer un seul instant celles-ci comme non juridiques ? Voici un organe de

(1) Cf. *Gesetz und Verordnung*, p. 214, 216.

l'Etat qui viole la règle imposée : agit-il par là en simple particulier, et non comme organe de l'Etat, c'est-à-dire comme l'Etat en personne ?

Nous avons vu l'opinion de Preuss à ce sujet ; pour Seydler la question ne se pose même pas (1). Comment donc se pose-t-elle pour Jellinek ? « L'ordre juridique de l'Etat, dit-il, est le droit pour ceux qui lui sont subordonnés. Mais est-il aussi le droit pour l'Etat ? Partant du principe que l'Etat peut, par la voie légale, changer toute norme juridique, beaucoup prétendent encore aujourd'hui que l'Etat ne peut être obligé par son droit. Il y aurait dans le droit public des impératifs adressés aux organes, mais l'Etat ne pourrait rien ordonner à lui-même » (2). On voit déjà ainsi quelle sera la première preuve apportée par le savant auteur à l'appui de sa thèse. Il se place au point de vue de l'Etat moderne, du Rechtsstaat, où l'Etat agit suivant des règles juridiques qu'il fixe d'avance et qu'il change en respectant les formes prescrites à cet effet. « De telles règles, dit-il, contiennent la subordination des organes étatiques envers elles. Par là, l'activité de l'Etat lui-même est subordonnée puisque celle des organes étatiques est l'activité de l'Etat même et qu'il n'existe pas d'autre activité

(1) Seydler, *Kriterium*, p. 44.

(2) *Allgem. Staatslehre*, p. 357.

étatique que celle de ses organes. » Son premier argument est donc tiré directement de la nature de l'Etat de droit. Cet argument se rattache à sa conception de l'organe, qui mérite d'être exposée ici. D'après Jellinek (1), il ne faut pas confondre l'organe avec la personne qui lui sert de support. L'organe comme tel ne possède vis-à-vis de l'Etat aucune personnalité. Nous ne nous trouvons pas ici en présence de deux personnalités, dont l'une serait l'Etat et l'autre l'organe et qui seraient en relations juridiques l'une avec l'autre. L'Etat et l'organe ne font qu'un. Ce n'est que par ses organes que l'Etat existe. En faisant l'abstraction de ceux-ci il ne resterait qu'un « néant juridique ». C'est par là que le caractère essentiel de l'organe diffère de celui du représentant. « Le représenté et le représentant sont et restent deux personnes ; par contre la corporation et l'organe sont et restent une seule personne. »

L'organe agit pour l'Etat dans les limites de sa compétence. Il peut y avoir des conflits de compétence, une certaine procédure pour les résoudre, mais jamais il n'en résultera une personnalité pour les organes. « Chef d'Etat, Parlement, autorités ne possèdent jamais la personnalité juridique, celle-ci

(1) *Ibidem*, p. 546 et suiv.

n'appartenant qu'à l'Etat; tous les conflits juridiques entr'eux ne sont que des conflits de compétence, au-dedans d'un même sujet de droit. Ce qui est contesté ici c'est le droit objectif, jamais un droit subjectif ». Tout ce qui fait l'organe dans les limites de sa compétence c'est l'Etat qui le fait. L'activité de l'organe est en ce cas l'activité de l'Etat même, non de la personne de l'organe.

Voilà pourquoi Jellinek dit qu'il n'y a rien derrière l'organe. « Derrière le représentant, il y a une autre personne; derrière l'organe il n'y a rien » (1). Or, si les règles juridiques délimitant la compétence des organes, sont de véritables limites pour ceux-ci, elles constituent par là même de véritables limites pour l'Etat-personne morale, vu que l'activité de celle-ci se confond entièrement avec l'activité de ses organes.

La première objection qu'on puisse adresser à cet argument c'est d'être un pur paralogisme. En effet, si l'Etat ne connaît d'autre activité que celle de ses organes, le problème ne se résoud pas disant que l'Etat est limité parce que ses organes le sont. Le problème n'a fait que changer de forme : il ne s'agit plus de limitation de l'Etat par lui-même, mais de la limitation des organes par eux-

(1) *System*, p. 29.

mêmes. Or, cette limitation n'est pas expliquée. La limitation serait concevable pour des organes autres que législatifs. Mais pour ceux-ci, on aboutit à la théorie de Otto Mayer, rejetée par Laband et réfutée d'avance par Jellinek comme contraire à l'unité de la personnalité étatique (1). N'y a-t-il donc lieu d'accepter la doctrine anglaise, puisque le problème le plus important de notre science se transforme définitivement en problème de limitation des organes de l'Etat? En ce cas, la théorie de la norme serait d'une grande utilité : il n'y aurait qu'à rechercher les raisons pour lesquelles on obéit au suprême impératif de l'ordre juridique demeuré sans sanction. La véritable question de l'autolimitation se trouve là toute entière.

Telle n'est pas l'opinion de Jellinek. Pour lui, il est impossible de mettre hors du monde juridique la personnalité de l'Etat. Il s'agit bien chez lui d'une autolimitation de l'Etat-personne morale; et pour ceux qui admettent la personnalité de l'Etat, le premier argument de Jellinek suffirait à lui-même. En effet, l'Etat-personne morale est limité par le droit, parce que ses organes ne peuvent sortir de leur cercle de compétence sans cesser d'être organes. S'ils en sortent et, par conséquent,

(1) Cf. *Allgem. Staatslehre*, p. 547.

cessent d'être organes, ce n'est plus l'Etat qui agit, mais les personnes qui lui avaient servi d'organes. Il est évident que, dans ce cas, ils n'agissent qu'en simples particuliers. Mais il reste ici à expliquer comment, par ces actes, la responsabilité de l'Etat peut-elle être engagée. Dans le système anglais le fonctionnaire qui cause un préjudice, un *tort*, peut être poursuivi devant un tribunal et condamné au paiement de dommages-intérêts. Dans le système de la personnalité de l'Etat, c'est l'Etat qui répond pour ses organes, mais il ne peut y répondre logiquement que pour de véritables actes d'organes (actes d'autorité publique, actes de gestion). Or, dans notre hypothèse, il ne s'agit pas de ces actes, mais d'actes de simples particuliers. On pourrait alors faire distinction entre ces deux sortes d'actes et admettre la responsabilité de l'Etat pour les premiers et la responsabilité de l'organe pour les derniers. Mais cela entraîne à un inconvénient. On sait, en effet, que les organes qui engagent le plus souvent la responsabilité de l'Etat sont les organes administratifs. Or, la plupart du temps, leur cercle de compétence n'est pas aussi bien délimité qu'on le croit. Le plus souvent ils sont autorisés à interpréter la volonté de l'Etat sans qu'ils aient des règles prescrites à suivre. Prenons un agent qui, par mégarde, arrête un ho-

norable juge de paix en lui causant un préjudice moral certain. Il n'a pas violé la règle de droit et par conséquent on pourrait dire qu'il est resté dans le cercle de sa compétence ; pourtant, matériellement, il en est sorti. A qui incombe-t-il ici la responsabilité ? D'une part, la volonté de l'Etat n'est point d'arrêter les gens honnêtes ; d'autre part, il n'y aurait pas eu préjudice si l'agent n'avait agi en tant qu'agent. Or, et c'est là où est à relever la contradiction de cette conception — on est obligé de supposer à l'Etat une volonté qui, manifestement, n'est pas la sienne. Si on se trouve en présence d'une disposition légale, telle que celle de l'article 1382 du code civil français, il est impossible d'admettre la responsabilité de l'Etat. On a commencé pourtant à l'admettre et à juste titre. On sait que le système français combine la responsabilité de l'Etat avec l'irresponsabilité des fonctionnaires. Les pays du continent commencent à suivre la France. Mais il y a lieu de se demander si le système anglais n'est pas préférable : responsabilité des organes qui peut être combinée avec la responsabilité solidaire de l'administration-trust. Pratiquement, les deux conceptions peuvent aboutir au même résultat, ce qui prouve, comme nous l'avons dit à plusieurs reprises, la relativité des constructions juridiques. Mais, en théorie, la con-

tradiction de la conception de Jellinek reste et, logiquement, si on voulait la mettre en pratique, on ne pourrait jamais conclure à la responsabilité de l'Etat pour les préjudices causés par ses organes en exercice de leurs fonctions.

*
* *

Passons maintenant au second argument de Jellinek. « Il y a, dit-il, cachée dans toute règle de droit la promesse donnée à ses sujets, qui oblige l'Etat lui-même pour la durée de son application. Le commandement à ses organes de respecter les règles de droit n'est pas un acte arbitraire de l'Etat, comme le doivent conclure les théories contraires si elles veulent rester dans la logique, mais aussi l'accomplissement d'une obligation. L'Etat s'oblige dans l'acte de création du droit, quel que soit ce droit, envers ses sujets, au maintien et à la réalisation du droit » (1).

Au premier abord, il semble qu'on pourrait faire ici l'objection suivante. On pourrait dire qu'une promesse peut être en même temps une véritable garantie sans qu'elle soit juridique. « Une telle subordination à sa propre volonté n'est pas étrangère même au droit privé. Que la personne même

(1) *Ibidem*, p. 359-360.

au cas où elle n'est pas acceptée peut obliger juridiquement, est un fait connu depuis longtemps » (1). Mais pourrait-on dire, pour qu'une promesse soit juridique, qu'un ordre juridique soit nécessairement au-dessus de la personne qui l'a faite. Non point, répond Jellinek (2), il peut y avoir de telles promesses sans qu'un ordre juridique les sanctionne. Mais cet argument se rattachant, par l'explication que Jellinek lui donne, à son dernier, nous en parlerons en même temps que de celui-ci.

*
* *

Les deux premiers arguments fournissent une explication de l'autolimitation de l'Etat plutôt formelle que matérielle. Avec le dernier et le plus important de ses arguments, le savant professeur touche le fond même du problème en cherchant les racines réelles du droit et son véritable fondement. Sur ce point les développements de Jellinek sont très suggestifs. C'est aussi là-dessus qu'il se sépare le plus de ses collègues allemands. Il est, au moins, certain qu'il y quitte le terrain purement juridique et se retrouve sur un terrain qu'il appelle métajuridique.

Ce n'est pas, nous l'avons déjà vu, dans la sanc-

(1) *Ibidem*, p. 360.

(2) *Ibidem*, p. 360, n° 1.

tion que Jellinek cherche le caractère essentiel du droit. C'est dans une autre source que celui-ci puise sa force. Et cette source, si peu allemande, si peu *gerberienne*, il la trouve dans la *conviction* (*Überzeugung*) que le droit s'impose parce qu'il est droit.

Les développements de Jellinek à ce sujet débuent en disant qu'il y a deux manières de rechercher la véritable nature du droit (1). Ou bien on le conçoit — c'est le cas de la spéculation métaphysique — comme une puissance indépendante de la volonté humaine, ayant son fondement dans le monde externe et — par rapport à l'homme — objectif; ou bien on le conçoit comme un phénomène subjectif interne à l'homme. La spéculation métaphysique se propose de connaître l'être même du droit; de ce droit dont Grotius disait qu'il existerait quand bien même Dieu ne serait. « Mais, conclut Jellinek, ce n'est pas notre affaire de connaître la valeur transcendante des institutions humaines. Suivant la méthode employée ici, nous avons à considérer le droit comme un phénomène psychologique, c'est-à-dire interne à l'homme. Le droit ainsi compris est une partie des représentations humaines, il existe dans notre esprit, et la détermination

(1) *Ibidem*, p. 324 et suiv.

plus précise du droit consiste à fixer quelle partie du contenu de notre conscience doit être désignée comme étant du droit ».

Tout le monde est d'accord, poursuit Jellinek, que « le droit consiste en un ensemble de règles pour les actes humains ». Mais les prescriptions de la religion, des mœurs, de la morale ont ce même caractère. En quoi, donc, consiste le caractère propre des préceptes juridiques ? On est tenté, dit Jellinek, de le chercher dans le but que ces règles poursuivent. Or, il n'est pas douteux que le but des règles juridiques consiste dans la protection et le maintien des biens et des intérêts humains par les actes ou omissions des hommes. « Mais le but de conservation est propre, jusqu'à un certain point, à d'autres forces sociales déterminant la volonté humaine, si bien qu'on ne peut y voir le signe distinctif du droit ».

Quels sont donc les caractères essentiels du droit dans la pensée de Jellinek ? Les trois caractères qu'il suppose au droit peuvent être résumés ainsi : Les règles de droit sont des normes pour la conduite extérieure des hommes, émanant d'une autorité externe reconnue et dont la force obligatoire est garantie par une puissance extérieure. C'est par ces caractères que les normes juridiques se distinguent, d'un côté, des règles morales et

conventionnelles, de l'autre, des règles religieuses.

Au premier abord, il semble bien que cette définition du droit, — car c'en est une — ne diffère point des autres. En effet, on pourrait dire que le premier caractère qu'il attribue au droit ne signifie autre chose que l'indifférence du droit à l'égard de tout ce qui se passe en nous-mêmes, que le second veut dire que tout droit vient de l'Etat et le troisième qu'il n'y a pas de droit sans sanction. S'il en était ainsi, le second argument, dont il appuie sa théorie de l'autolimitation, ne tient plus. Telle n'est point la pensée de Jellinek. « La marque nécessaire de tout droit est d'être en vigueur. Une règle ne fait partie de l'ordre juridique que lorsqu'elle est en vigueur ; un droit qui n'est pas appliqué ou qui ne l'est pas encore, ne peut être un droit au vrai sens du mot. Une norme est en vigueur lorsqu'elle est capable de déterminer la volonté. Cette capacité est fondée sur la conviction que nous sommes obligés de respecter une norme. Le caractère positif du droit repose, donc, en définitive, sur la *conviction* de sa force d'application. C'est sur cet élément purement subjectif qu'est fondé l'ordre juridique tout entier. Cela résulte nécessairement du principe, que le droit a le fondement en nous-mêmes, qu'il est une fonction de la communauté humaine, par conséquent, doit

reposer sur des éléments purement psychologiques (1).

Que l'on ne pense pas que le droit, dont la force d'application est fondée sur la conviction, soit livrée à l'arbitraire. Le savant auteur affirme que le fait de se savoir lié par une norme n'est pas abandonné au bon plaisir des individus auxquels elle s'adresse. Son idée est sur ce point celle de Stammeler : la norme s'adresse à nous avec la prétention d'être respectée. L'idée de son inviolabilité est impossible à chasser même chez celui qui s'apprête à la violer. L'assassin ou le voleur ne conteste presque jamais la vigueur de la norme qu'ils viennent de violer, et la plupart du temps la peine apparaît inattendue et non injuste (2).

Il est évident que Jellinek, suivant l'exemple de Binding, Thon, Bierling et autres, attribue une puissance réelle à la norme même. La norme serait de nature à exercer une certaine influence sur celui à qui elle s'adresse et, pour que cette influence soit efficace, la norme est garantie. « Et un droit, dit Jellinek, est garanti lorsque la force motivante de ses prescriptions est fortifiée par une force sociale psychologique, de telle sorte qu'est légitime l'attente que cette règle soit en mesure de

(1) *Ibidem*, p. 325-326.

(2) *Ibidem*, p. 325, n° 1.

briser les motifs individuels contraires et de s'imposer comme principe d'action » (1). Quelle place réserve Jellinek à la contrainte proprement parlée, nous l'avons déjà vu.

Mais se sentir obligé par les impératifs d'un ordre juridique n'est pas le cas de tous ceux qui y sont soumis. Le savant professeur voit la différence et croit la résoudre en disant que la conviction sur laquelle repose l'ordre juridique n'est pas celle de tous les membres d'une communauté donnée, mais celle de la majorité (2). Si nous ne nous trompons pas, Jellinek verse ici, et pour la deuxième fois, dans le contrat social. S'il en est ainsi, nous ne voyons pas la différence entre cette conviction et la conscience collective de cette majorité ou, par déduction, la volonté générale de la doctrine traditionaliste française.

En admettant que tout le droit repose sur la conviction, il reste à voir comment se forme cette conviction de la force d'application d'une norme juridique. C'est la question de la formation spontanée du droit. Jellinek affirme (3) qu'il y a tendance innée chez l'homme, à considérer les faits existants comme normatifs, c'est-à-dire d'élever un

(1) *Ibidem*, p. 326.

(2) *Ibidem*, p. 326, n° 1.

(3) *Ibidem*, p. 329 et suiv.

fait à la hauteur d'une *règle*. Il serait contraire à la vérité d'en chercher la cause dans le caractère rationnel du fait qui devient norme. Tout l'opposé se produit ici. Le fait peut être plus tard rationalisé, mais sa force normative se trouve dans notre nature, laquelle reproduit plus facilement qu'elle ne crée. C'est de cette manière que se sont formées les normes juridiques ; c'est ainsi que la domination de fait de l'Etat se transforme d'elle-même en domination de droit. La domination de fait possède une force normative tellement puissante qu'il s'ensuit la conviction de son caractère juridique. « Là, dit-on, où cette conviction manque, l'ordre de fait ne peut être maintenu que par la force, ce qui, à la longue, devient impossible » (1). On peut concevoir aussi de cette manière l'existence d'un droit s'imposant à l'Etat lui-même. Au début, la puissance étatique n'est jamais juridique, parce qu'elle commence toujours à s'imposer par la force, et très souvent en violation du droit existant. Mais aussitôt que les nouveaux pouvoirs sont établis, la transformation de la puissance de fait en puissance juridique commence à s'accomplir par un processus psychologique propre à notre esprit. C'est ainsi que se précise notre con-

(1) *Ibidem*, p. 333.

viction que ce qui existe doit exister. Voilà pourquoi la domination des plus forts devient à la longue juridique. Et elle l'est parce que ceux qui y sont soumis la reconnaissent telle (1). Jellinek va jusqu'à dire que l'exploitation des classes inférieures par les supérieures a la même cause : la reconnaissance des exploités d'un fait existant, c'est-à-dire la conviction que ce qui est doit être. Cela veut dire que, dans la pensée de Jellinek, de même que dans celle de Stammler, un régime despotique est toujours juridique lorsqu'il est reconnu tel par ceux qui y sont soumis.

A ce premier élément de la formation spontanée du droit, il faut en ajouter, d'après Jellinek (2), un autre : l'effort vers le mieux-être, l'aspiration vers le meilleur droit. C'est de cette tendance de l'esprit humain qu'est né le droit naturel. On l'a toujours considéré comme un droit supérieur au droit existant ; de nombreuses règles qui lui furent attribuées ont passé dans les lois et sont devenues des faits réels. C'est ainsi que, d'un côté, ce qui existe devient droit, et, de l'autre, l'idée que l'esprit humain se fait du droit, devient fait réel. En effet, l'idée du droit *de lege ferenda* restera toujours un

(1) *Ibidem*, p. 334.

(2) Pages 336 et suiv.

des plus puissants facteurs de la législation (1). Le rôle d'un tel droit, naturel et rationnel, est des plus importants au moment où un ordre juridique vient d'être renversé. C'est lui qui, seul, confère à un nouvel ordre son caractère juridique. Ainsi, avant que la coutume ait transformé le fait en droit, l'idée du caractère juridique du nouvel ordre se fait déjà par la conviction de sa nature rationnelle (2).

On voit le rôle important que l'auteur fait jouer au droit naturel, excommunié de la science juridique. Il était, en effet, impossible que les idées qui bouleversèrent le monde aient eu aussi peu de fondement qu'on le croit généralement aujourd'hui.

Dans ces développements de Jellinek, nous retrouvons le droit naturel transformé, il est vrai, en « représentation » d'un droit supérieur au droit positif; et pour se conformer aux exigences du temps, nous voyons qu'il est devenu un « phénomène psychologique ». Ainsi, sous cette forme, il revêt le caractère scientifique : il retrouve donc sa place dans la science juridique.

Dans l'idée de Jellinek, ces deux éléments contribuent l'un autant que l'autre à la transformation d'un ordre de fait en ordre de droit. « Le premier,

(1) Page 341.

(2) Pages 344-345.

dit-il, celui qui transforme un fait existant en normatif est l'élément conservateur, le second, qui fait naître l'idée d'un droit supérieur ou droit positif ayant pour but la réforme de l'ordre existant, est l'élément rationnel, évolutionniste, progressiste de la formation du droit. Dans la lutte politique, les représentants respectifs des deux éléments se dressent d'ordinaire violemment les uns contre les autres, sans se douter du lien qui les unit » (1). Donc, d'après lui, un fait incontestable est que, hormis une infime minorité, les anarchistes, l'Etat et son ordre apparaissent aux hommes comme rationnels. Aussi le fait que la conscience collective des peuples considère l'Etat non seulement comme une puissance de droit, mais aussi comme une puissance juridique et rationnelle, implique-t-il la conviction que l'ordre étatique est bien juridique. « Et puisque la dernière source du droit, conclut Jellinek, est la conviction que ce qui élève la prétention d'être droit l'est en réalité, le caractère juridique du droit public est irréfutablement démontré » (2).

*
* * *

Nous ne contestons pas l'exactitude des raisonnements du savant professeur. Ce que nous contes-

(1) Page 345.

(2) Page 347.

tons, c'est qu'il en résulte nécessairement un argument décisif en faveur d'une autolimitation de l'Etat-personne morale. Quand Jellinek dit que la conscience collective conçoit l'Etat comme un phénomène juridique, on est porté de croire qu'il ne peut être question d'une autolimitation de la volonté étatique, celle-ci étant, dans ses manifestations, déjà par avance juridique et, par suite, limitée. Voici, par exemple, une domination, pur fait, résultat d'une conquête, d'une victoire : à force d'exister, elle devient juridique aux yeux de ceux qui la subissent. Mais l'est-elle aux yeux de ceux qui l'imposent ? Jellinek ne l'explique pas. Les esclaves ont considéré leur situation comme juridique, dit Jellinek. Soit ! Mais était-elle considérée telle par leurs maîtres ? Ce qui importe ici, ce n'est pas tant le côté esclave, c'est le côté maître. Nous admettons avec le savant professeur que les gouvernés acquièrent, à la longue, la conviction que le caractère essentiel de leur domination est essentiellement juridique. Les causes les plus diverses y contribuent. « Et si vraie est cette observation, dit Dicey, que même l'autorité d'un planteur du Sud sur ses esclaves reposait au fond sur l'opinion des nègres qu'il pouvait à volonté fouetter ou tuer. Leurs forces physiques combinées surpassaient la force personnelle du planteur et

celle des quelques blancs que l'on pouvait supposer l'assister. Les noirs obéissaient au maître d'esclaves d'après cette opinion, bien ou mal fondée, que, en fin de compte, dans un différend avec leurs maîtres, ils auraient eu le dessous dans la lutte ; bien plus, ils obéissaient en vertu de cette habitude de soumission qui, bien que renforcée par les punitions infligées parfois aux rebelles, était fondée sur nombre de sentiments compliqués, tels, par exemple, que l'admiration pour une habileté et un courage supérieurs, ou la gratitude pour la bonté ; ce sont des sentiments qui ne peuvent pas être ramenés par une analyse consciencieuse à une simple forme de la crainte, mais qui constituent une espèce d'atmosphère morale dominante. Les blancs, en somme, gouvernaient en vertu de l'opinion entretenue par leurs esclaves autant que par eux-mêmes, que les propriétaires d'esclaves possédaient des qualités qui leur donnaient la puissance et même le droit d'être les maîtres. De la justesse ou de la fausseté de cette conviction, nous n'avons nullement à nous occuper ici. Son existence est seulement présentée comme une preuve que, même dans le cas le plus extrême qu'on puisse imaginer, la doctrine de Hume est exacte ; l'opinion des gouvernés, voilà le fon-

dement véritable de tout gouvernement » (1).

Mais ceux qui imposent le respect d'un ordre qu'ils maintiennent, ont-ils, eux aussi, la même conviction ? Il est facile de comprendre que l'exploitation du faible par le fort finit par paraître à celui-là comme naturelle, voire même comme juridique, mais il n'est pas facile de comprendre, dans les développements de Jellinek, quelle idée se font de ces rapports ceux qui exploitent. Le fait, ce sont eux qui le créent ; suivant les époques et les milieux, la domination change de contenu, et alors où est la limite qui s'impose à celui qui domine ? Dominer signifie, d'après ce qu'on a dit sur la puissance publique, être, seul, le juge de la mesure des prestations à fournir par les subordonnés. « Tout droit, dit Jellinek, est possible à condition que l'on soit capable de se considérer obligé par le commandement adressé à notre volonté et dont le contenu échappe à notre bon plaisir » (2). Cela signifie que, pour qu'un ordre adressé par un particulier à l'Etat soit juridique, il faut que son contenu ne dépende pas de la volonté de l'Etat, — or, il est fixé d'avance par celui-ci ! Voilà pourquoi, théoriquement parlé, si l'on suit la pensée de

(1) Dicey, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre*, Paris, 1906, p. 2, 3.

(2) *Op. cit.*, p. 143.

la nouvelle école allemande chez n'importe lequel de ses représentants, on aboutit toujours à la conclusion de Laband, qu'il est *in abstracto* impossible de limiter l'Etat par le droit. C'est toujours la puissance de l'Etat, sa force, qui l'emporte.

Jellinek revient souvent sur l'affirmation que le particulier est reconnu par l'Etat comme sujet de droit (1). La notion de reconnaissance, qui est intimement liée avec celle d'autolimitation, a été mise en relief, en Allemagne, par *Bierling* : « En un mot, dit-il, la reconnaissance (sans plus) n'est autre chose que le constant, ininterrompu et habituel respect dû par nous ; c'est se savoir lié ou subordonné par rapport à un objet déterminé, et en particulier, par rapport à certaines règles » (2). Or, c'est à cette reconnaissance que Jellinek fait jouer un rôle considérable ; mais par là même il est amené à être moins affirmatif quant à l'hypothèse, admise par lui, que toute norme vient d'une autorité extérieure. « La norme, dit-il, n'est jamais quelque chose qui vient tout simplement du dehors, elle doit être capable, se basant sur une qualité du sujet, d'être reconnue comme juste par celui-ci » (3). Nous nous demandons maintenant qu'est-

(1) V. p. 395, etc., *System*, *passim*.

(2) *Bierling*, *op. cit.*, p. 8.

(3) *Op. cit.*, p. 361.

ce qui la rend juridique ? Est-ce le fait de venir d'une autorité extérieure et de commencer à être appliquée sans que notre conviction y intervienne, ou est-ce le fait d'être reconnu par le sujet ? Il semble bien que, dans la pensée allemande, c'est le premier caractère qui l'emporte. Mais alors pourquoi faire intervenir la reconnaissance ? Si cette reconnaissance est celle que Jellinek rapproche de l'adage : *coactus volui sed tamen volui* (1), si elle n'est basée que sur la contrainte, elle n'est qu'une conséquence logique de la puissance étatique et, par conséquent, il est inutile de l'introduire comme un des caractères essentiels de la norme, vu qu'elle est implicitement contenue dans la puissance étatique. Mais s'il en est ainsi, comment expliquer que la norme oblige l'Etat lui-même, étant donné que pour lui elle ne vient pas du dehors ? Le raisonnement revient au même, si l'on considère que la reconnaissance est basée sur la conviction produite par la seule crainte de la sanction. Il reste donc de la fonder sur les garanties que le savant auteur appelle forces sociales et dont on a déjà parlé. Ces garanties peuvent amener l'Etat à respecter les règles juridiques. Mais alors, ou le second caractère attribué par

(1) *Verträge*, p. 48.

Jellinek à la règle de droit disparaît, ou il est incompréhensible d'avoir commencé à attribuer à la volonté étatique la qualité de supériorité envers toutes les autres. On verra par la suite que cela n'échappe pas à Jellinek lui-même et que les raisons qu'il en donne sont acceptables si on se place à son point de vue.

Il résulte de ces développements que, de quelque manière que l'on s'y prenne, l'incompatibilité théorique entre l'Etat et le droit, telle que la conçoit l'école allemande, subsiste toujours. Cette incompatibilité ne fait que s'aggraver dès que l'on quitte le terrain purement juridique, dans le sens de l'école, et que l'on transporte ses recherches sur le terrain métajuridique. Si l'on conserve présent à l'esprit le point de départ de l'école allemande, c'est-à-dire la notion de puissance étatique, on est sûr de réfuter Jellinek par Jellinek lui-même. Il nous a paru nécessaire de souligner cette incompatibilité, pour montrer qu'il y a sinon un abîme, du moins peu de liens communs entre les deux manières de traiter du droit. Au point de vue métajuridique, on trouve le fondement du droit dans la conviction et dans la reconnaissance de celui qui lui est soumis ; au point de vue purement juridique, on trouve ce même fondement dans la puissance de l'Etat, suivant la formule de

Jellinek, à savoir que « tout droit se résoud en un droit créé étatique ou étatique permis. » L'inconséquence de Jellinek vient, d'après nous, de ce qu'il introduit dans le domaine purement juridique les résultats obtenus dans l'autre — tel que celui du droit basé sur la conviction et la reconnaissance — et que son point de départ, en ce qui concerne le principe de puissance étatique, n'est pas la conclusion nécessaire de ses recherches métajuridiques. A notre avis, pour qu'on puisse faire produire à un principe, établi *à priori*, des conséquences, non seulement logiques en elles-mêmes, mais correspondant aux considérations qu'il est impossible de ne pas admettre, et c'est le cas de la méthode Jellinek, il faut que lui-même soit fondé dans la réalité des choses. En d'autres termes, pour qu'un principe purement juridique produise des conséquences logiques autant qu'admissibles, il faut qu'il soit lui-même une conséquence logique des recherches métajuridiques. C'est ainsi seulement que la science juridique pure pourrait servir avec utilité non tant à la cause d'un régime déterminé, mais aussi à celle de la justice. On sait que l'œuvre de Laband a fortement contribué à la consolidation de l'empire allemand : il est pourtant vrai que son point de départ n'est pas fondé dans la réalité des cho-

ses. L'empire a eu et a encore besoin aujourd'hui d'une concentration outrée des forces nationales. « La migration des peuples, dit M. Hauriou, est arrêtée en son sens géographique, les Hindo-Européens ne se pressent plus vers l'ouest, mais le mouvement extérieur s'est mué en un mouvement intérieur et se continue dans les transformations de l'état social. C'est ce mouvement des transformations sociales qu'il importe d'observer et à propos duquel il est nécessaire de reconstituer la notion de l'ordre, car c'est un mouvement d'ensemble, et quelle que soit la direction du mouvement d'ensemble d'une troupe, il est bon que cette troupe marche en ordre. La troupe en ordre de marche, l'*agmen*, voilà la notion à laquelle nous sommes réduits, et cette notion, toute modeste qu'elle soit, présente encore des utilités évidentes.....

« Enfin l'ordre dans la marche n'est pas quelque, il obéit à des nécessités. D'abord il faut un chef pour maintenir la cohésion de la troupe, pour pourvoir aux fonctions et décider de la direction. La nécessité du chef, qui ne paraît pas évidente dans un état de choses immobile, s'impose au contraire avec la marche et le mouvement, toute caravane a son guide, tout navire a son pilote. L'autorité du chef, ou du gouvernement,

quel qu'il soit, se trouve en un certain équilibre avec l'obéissance plus ou moins volontaire de la troupe. Ensuite il y a des règles, pour la marche des armées l'expérience des siècles a dégagé toute une stratégie » (1).

Les nécessités, dont parle ici M. Hauriou, deviennent encore plus pressantes si l'on pense que la migration du peuple allemand n'est même pas arrêtée en son sens géographique. En pratique, cela aboutit à l'adage de Bismark: la force prime le droit, dont il se défendait, mais dont il ne cessait de s'inspirer ; en théorie, aux raisonnements de Bornhak, de Arndt d'abord, et à ceux de Laband ensuite: la puissance publique, dont l'empereur est tantôt le propriétaire, tantôt le détenteur, est toujours restée absolue dans la pensée allemande. De droits contre l'Etat il n'y en a pas ; l'individu est englouti dans le tout. Est-ce bien ? Est-ce mal ? M. Henry Michel rejetterait cette doctrine avec un profond dédain ; il dirait que la société allemande n'est pas progressive, — du moins qu'elle ne l'est pas autant que la société française (2). Peut-être est-ce vrai. Mais il est aussi vrai que le peuple allemand se trouve en bonne voie de remplir la mis-

(1) Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 6, 7, 8.

(2) Henry Michel, *L'Idée de l'Etat*, p. 649, 650.

sion que Hegel lui attribue (1). Entre la cause de l'Empire et celle de la Justice, ce qui peut ne pas toujours coïncider, les théoriciens allemands n'ont pas hésité. Loin de nous la pensée de les en blâmer : leur œuvre reste noble et désintéressée, parce qu'ils ont servi la cause de leur pays qu'ils croient juste. Toutefois, il est utile de faire cette constatation avant de continuer nos développements sur la manière purement juridique de traiter le droit. Le temps de consolidation allemande passé, la seule voie qu'il reste à suivre est celle indiquée par la France : le respect de l'individu dans ses relations juridiques avec l'Etat. Cela ne veut pas dire, dans notre pensée, le respect des « droits imprescriptibles de l'homme », mais simplement qu'il se peut y avoir des droits contre l'Etat. Ainsi, malgré tout ce qu'on puisse dire de l'œuvre de Jellinek, elle a énormément contribué en Allemagne à une conception plus française du droit.

Il faut d'abord rendre cette justice à Jellinek et dire qu'il a la conscience nette de la différence qu'il y a entre les deux manières de traiter du droit. Outre les raisonnements que nous connaissons déjà, cela ressort aussi de son opinion sur la valeur intrinsèque de la méthode juridique et des

(1) Hegel, *Rechtsphilosophie*, §§ 252, 254. Cf. Fouillée, *L'Idée moderne du droit*, p. 37, qui le cite.

notions qu'elle considère comme une sorte d'axiome et qui servent de point de départ à l'école allemande : la notion de puissance étatique, de souveraineté, n'est qu'un simple moyen pratique, utile au juriste (*ein juristischer Hilfsbegriff*). D'après lui, cela ne signifie aucunement que l'Etat soit réellement illimitable (1).

*
* *

Un autre argument de Jellinek — que l'on pourrait appeler historique — montre encore mieux combien il est nécessaire de respecter la ligne de démarcation entre ces deux domaines d'études juridiques en générale. « En définitive, dit Jellinek, il s'agit ici de savoir si, d'après la manière de voir d'une époque donnée, l'État est lié ou non par ses déclarations de volonté abstraites et, s'il l'est, dans quelle mesure la limitation existe-t-elle. Mais c'est là une question historique impossible de résoudre par une formule générale » (2). D'après Jellinek, ce qui est incontestable, c'est que, dans un État moderne, la conviction de la limitation nécessaire de l'Etat par son droit s'accroît de plus en plus. Ce n'est que trop vrai. Il est dans l'État moderne un ensemble de règles juridiques auxquelles le

(1) *Allg. Staatslehre*, p. 768.

(2) *Ibidem*, p. 361.

législateur, lui-même, ne peut porter atteinte. Il en fut ainsi, qu'il nous soit permis de le dire, de tous temps : on a vu que les anciens rois français, si puissants qu'ils fussent, ne touchaient pas au droit privé. En ce qui concerne les temps modernes, on cite l'exemple du parlement anglais, qui, d'après l'opinion généralement admise en Angleterre, ne pourrait toucher au common law. Aussi ne conçoit-on pas un législateur qui puisse proclamer l'impunité du meurtre. Cette limitation réelle des pouvoirs publics fut aussi connue par l'ancien régime français : « L'ancienne France, dit « Michel Henry en citant Roger Collard, a vu « fleurir « une foule d'institutions domestiques et « de magistratures indépendantes » qui, sans entrer « en partage de la souveraineté, posaient des limites « à l'autorité du Prince » (1). Nous doutons fort que Henry Michel soit dans le vrai quand il semble se prononcer pour une réponse affirmative en ce qui concerne la *vexata quæstio* dont il parle dans son intéressant livre sur l'Etat. « Mais ce qui, dit-il, depuis le grand effort idéaliste du XVIII^e siècle, demeure la *vexata quæstio*, c'est de savoir si la société politique, quand elle parvient à ses formes supérieures, n'a pas le droit et le devoir de sou-

(1) Henry Michel, *L'Idée de l'Etat*, p. 293.

mettre ses institutions à la délibération, à la réflexion, au vouloir; et si, à la suite de cette épreuve, les institutions retenues, les institutions amendées, les institutions inaugurées ne comptent pas désormais comme des produits de l'art humain? Sans doute encore, la volonté, la réflexion, l'art, sont naturels, étant de l'homme, étant homme même. Mais cela non plus n'est pas en discussion. Le seul point en discussion est de savoir si, à un moment donné, la société politique prend, par une opération d'ailleurs naturelle, la conduite de sa vie, si elle s'empare de ses destins, et si, à ce moment, et seulement alors, s'ouvre pour elle ce que Rousseau appelait le mystère de la moralité et du droit? A cette interrogation, les théocrates n'ont pas répondu » (1).

Qu'une revision aussi générale soit possible, la preuve nous a été fournie par l'histoire, mais qu'elle soit nécessaire, nous ne le croyons pas. Il est très difficile de savoir à quelle époque une société est parvenue à ses formes supérieures. Rien n'empêche les générations qui suivent une telle revision de se croire, à leur tour, parvenues à des formes plus supérieures et d'opérer une revision dans le sens opposé. On marcherait ainsi

(1) *Ibidem*, p. 132, 133.

de bouleversement en bouleversement sans qu'on puisse pouvoir être sûr de ne pas s'être trompé. En tout cas, il faut conclure avec Jellinek qu'il y a dans une société donnée un ensemble de règles qu'on ne saurait changer. Une conception comme celle que se fait de l'Etat Henry Michel peut être très attrayante, sans être pratiquement réalisable. Il est pourtant nécessaire que la théorie qui nous propose un idéal nous indique aussi les moyens de l'atteindre. Or, Henry Michel laisse le dernier mot à l'expérience.

« La justice, dit-il, veut que tous les membres de la cité puissent vivre : telle est la fin. Le moyen d'assurer à chacun sa subsistance consistera-t-il nécessairement dans la taxe des pauvres, telle que l'Angleterre l'applique, ou dans le droit au travail, tel qu'il a été conçu par l'école démocratique de 1848 ? *Non, si l'expérience prouve que ces moyens ne sont pas bons* » (1).

Si l'expérience seule peut résoudre le problème qui se pose entre l'individu et l'Etat, les Anglais auraient raison de se méfier des vastes conceptions théoriques. Aussi la constatation faite par Maitland, en ce qui concerne le peu de goût que les Anglais montrent pour les grandes théories, ne serait pas

(1) *Ibidem*, p. 647.

un défaut, mais une qualité (1). Mais l'idée d'expérience est contraire à l'idée d'une revision générale et rationaliste de l'ordre existant, en ce sens que les institutions dont l'utilité est prouvée par plusieurs siècles d'expérience ne devraient pas être bouleversées par amour d'une conception théorique. « Si on laisse de côté le point de vue purement juridique où l'on se sert de la toute-puissance étatique comme d'un instrument technique, il en résulte que tout le droit se divise en une partie constante, se transformant lentement, et en une partie variable. » C'est justement cette partie constante qui, pratiquement, est soustraite à l'arbitraire du législateur. Théoriquement, il est généralement admis que l'Etat peut tout faire. Pratiquement, il n'en est rien. Jellinek, lui-même, qui distingue nettement les deux points de vue, répond à ceux qui prétendent le contraire qu'ils n'ont jamais poussé leurs affirmations aux conséquences extrêmes : « Si l'Etat, dit-il, peut, en droit, tout faire, il pourrait aussi abolir l'ordre juridique, introduire l'anarchie, se faire impossible lui-même. Mais si cette idée doit être repoussée, il s'ensuit une limitation juridique de l'Etat dans la nécessité d'un ordre. Libre à l'Etat de choisir telle ou telle con-

(1) Maitland, *Trust and Corporation*, *Zeitschrift für das Privat, und öffentliches Recht der gegenwart*, Wien, 1903, p. 73.

stitution, mais il doit en avoir une » (1). Oui, répond-on, mais pour changer de constitution, l'Etat pourrait se délier des règles juridiques qu'il a posées à cet effet. Donc, s'il respecte quand même certaines limites après s'être délié de son droit, on ne saurait prétendre que ces limites soient juridiques. Voilà pourquoi les partisans de la théorie n'admettant pas de limitation juridique de l'Etat affirment que les limites respectées par l'Etat sont morales mais non juridiques : « Par conséquent, dit *Klöppel*, la puissance étatique est subordonnée à l'autolimitation morale ; une autolimitation juridique est une contradiction en soi, étant donné que le droit se distingue de la morale par ce fait qu'il agit sur celui qui lui est subordonné comme une puissance extérieure » (2).

Nous trouvons dans Jellinek même quelques lignes qui pourraient servir de réponse à l'objection de *Klöppel* : D'après lui, la notion de devoir est, au fond, toujours la même. Le devoir juridique et le devoir moral, si distincts qu'ils soient, entrent tous les deux dans la notion commune du devoir. L'ordre d'idées poursuivi par la théorie éthique du devoir doit avoir pour conséquence

(1) *Allg. Staatslehre*, 462.

(2) *Klöppel, Gesetz und Obrigkeit*, 1891, p. 109. Cf. *Tezner, Ilirih's Analen*, XXXV, p. 659.

nécessaire celui de la théorie juridique du devoir (1).
« Donc, conclut-il, il n'y a pas de contradiction dans l'idée d'autolimitation de l'Etat, pas plus que dans celle d'autolimitation morale » (2). Cette autolimitation, il la base, nous l'avons vu, sur la conviction qu'on a généralement du droit et de sa force d'application. D'où la partie constante du droit.

*
* *

Il était naturel que de ce pouvoir de l'Etat de se limiter soi-même, il s'en fût suivi une autre conception de la souveraineté. Nous avons vu que la notion de souveraineté s'était maintenue la même depuis Bodin jusqu'à nos jours. C'était toujours, à quelques exceptions près, la notion d'une puissance absolue. Or, dans la théorie de l'autolimitation, cette puissance absolue est conçue d'une manière particulière. Elle perd son caractère absolu, elle n'est plus illimitable. « La souveraineté, dit Jellinek, ne signifie l'absence des limites, mais la capacité exclusive de se déterminer soi-même et, partant, l'autolimitation de la puissance étatique, impossible de lier par une autre puissance extérieure, au moyen de l'établissement d'un ordre juridique ; ce n'est qu'ainsi

(1) *Allg. Staatslehre*, p. 466.

(2) *Ibidem*, p. 466.

que l'activité de l'Etat reçoit un caractère juridiquement utilisable. Conçue en une formule courte, la souveraineté signifie une propriété de la puissance étatique, d'après laquelle l'Etat a l'habileté exclusive d'autodétermination et d'autolimitation juridique » (1).

Si l'on se reporte maintenant au commencement de cette étude ; si l'on se rappelle le point de départ de l'école nouvelle allemande en général et de sa théorie dominante en particulier, on voit que le savant professeur fait disparaître, dans la conclusion de sa construction juridique, l'incompatibilité fondamentale qui existe entre l'idée de puissance absolue et celle de droit. C'est donc après des recherches métajuridiques, c'est-à-dire après avoir fondé sa théorie de l'autolimitation sur la conviction qu'on a de la force d'application du droit, que le savant professeur se voit obligé de faire changer de contenu la puissance souveraine.

Mais la conviction étant la chose personnelle par excellence, il n'en résulte pas que l'idée d'autolimitation juridique ne soit applicable qu'à l'Etat-personne morale. Au contraire, s'il est vrai que la souveraineté ne signifie autre chose que la capacité de se déterminer soi-même ; si cette capacité donne le caractère juridique à l'activité de l'Etat, nous

(1) *Ibidem*, p. 467.

ne voyons pas pourquoi une conception de l'Etat autre que celle de l'Etat-personne morale ne soit pas possible. Pourquoi Jellinek rejette-t-il la théorie de Seydel, alors que celui-ci admet expressément, comme nous l'avons vu, l'autolimitation du Prince ? Seydel ne l'appelle pas juridique, mais il lui donne le même contenu que Jellinek, et c'est la seule chose qui importe. Pourquoi le savant professeur réfute-t-il aussi la conception de l'Etat-rapport de droit, alors que l'autolimitation de la couronne-trustee est aussi bien concevable que celle de la couronne-organe suprême de l'Etat-personne morale ? Nous admettons que les impératifs juridiques s'imposent à nous, que nous nous savons obligés de leur obéir, précisément parce qu'ils sont des règles juridiques ; mais alors la seule chose qui importe c'est qu'on leur obéisse. La conviction de leur force d'application ne peut être acquise que par ceux à qui ils s'adressent et si l'on admet qu'elle est assez forte pour l'emporter sur des mobiles personnels, pourquoi réfuter une conception telle que celle du trust ? Dans un certain sens on pourrait même préférer celle-ci à la conception de la personne morale : à notre avis, il vaut mieux laisser peser toute responsabilité pour les actes publics aussi bien que privés sur les individus mêmes qui en sont chargés, plus que sur une per-

sonne morale dont ils ne seraient que les organes. « Depuis des siècles, dit Maitland, nous avons parmi nos notions de droit techniques celle de « corporation sole »..... Nous nous sommes efforcés — et à notre désavantage, je crois — de l'appliquer à notre roi ou à la couronne..... Cette idée, je la considère comme très malheureuse (hochst unglücklich) comme une tentative de la personification juridique qui n'a pas réussi..... Cette partie de notre droit a depuis longtemps cessé de se développer et j'espère que nous ne verrons plus aucune nouvelle corporation sole » (1). Pour que ceux auxquels les impératifs juridiques s'adressent, se considèrent obligés de faire ou de ne pas faire quelque chose, il faut toujours qu'ils possèdent des qualités morales capables de déterminer leurs volontés dans un but voulu par le droit. Or, ces qualités, un roi dit absolu peut en avoir aussi bien que n'importe quel trustee anglais, de qui l'on exige, d'après Maitland, *ein sehr hoher Grad sowohl von Eherenhaftigkeit als von Diligenz* (2). Du reste, on sait que les rois considérés les plus absolus étaient bien limités dans leur action (3).

(1) Maitland, *loc. cit.*, p. 33, 34.

(2) *Ibidem.* p. 29.

(3) Cf. Lermnier, *De la méthode dans l'enseignement des législations comparées*, dans *Etudes d'histoire et de philosophie*, t. II, p. 332 et suiv., cité par M. Larnaude, *Méthode juridique*, p. 46.

On pourrait donc dire que la question de la limitation juridique de l'Etat se réduit pratiquement à la question de son organisation politique.

Dans l'Etat moderne, de nombreuses mesures préventives sont prises pour que la volonté de l'Etat ne s'exprime que d'une manière réfléchie et conformément au « droit ». « La procédure électorale, ajoute M. Jèze, la prohibition des candidatures multiples, les règles sur le referendum pour les gouvernants primaires, — la division des députés en deux Chambres, la procédure législative, le veto, etc., pour les gouvernants secondaires, — telles sont les principales *règles préventives* destinées à empêcher les manifestations de volonté téméraires et contraires au droit » (1). De même Jellinek trouve aussi de sérieuses garanties dans la manière dont un Etat est organisé (2). Mais il est impossible de considérer les principes d'organisation jugés bons dans un pays donné comme des principes généraux d'une organisation étatique raisonnable. « Dans un système politique plus parfait, dit M. Jèze, le contrôle des gouvernants n'est pas seulement préventif, il est aussi répressif; en d'autres termes, il existe des mesures pour faire tenir comme non avenues les manifestations de

(1) Jèze, *op. cit.*, p. 34.

(2) *Allgem. Staatslehre*, p. 335.

volonté des gouvernants lorsqu'elles sont contraires au droit. Théoriquement, on conçoit deux procédés de contrôle après coup : *le recours en annulation*, tendant à faire casser la décision prise ; *l'exception d'illégalité*, ayant pour effet non de faire casser la décision, mais d'en faire écarter l'application à un cas particulier. — Jusqu'ici, les gouvernants se sont absolument refusés, dans aucun pays, à organiser contre leur manifestation de volonté le recours en annulation. Mais l'exception d'illégalité est admise dans certains pays ». Ce sont là des moyens pour faire respecter le droit de chacun contre tous. Mais ils ne sont applicables que dans une société avancée. Malheureusement, beaucoup d'Etats en sont encore au deuxième stade d'évolution en ce qui concerne leur organisation politique et M. Jèze en admet quatre : 1^{er} stade, aucun contrôle d'aucune sorte ; 2^e stade, mesures préventives ; 3^e stade, contrôle juridictionnel par voie d'exception ; 4^e stade, contrôle juridictionnel par voie d'action. Nous ne contestons pas les avantages théoriques des deux derniers moyens pour faire régner le droit. Mais nous croyons que, dans les pays qui ne les admettent pas encore, le droit peut être aussi bien respecté que là où existe un contrôle *organisé*. Pour revenir aux considérations générales, nous rappelons ce que M. Maitland

disait des trustees. Si le contrôle n'est pas dans l'homme même, tous les abus sont possibles, quelque savante que soit l'organisation en question. Ce n'est que ces derniers temps que l'Angleterre a admis le contrôle des trustees et encore tant s'en faut qu'il soit efficace (1).

En préférant la conception anglaise, nous ne voulons pas dire par là que celle de l'Etat-personne morale n'est pas juridiquement utilisable. L'œuvre de Jellinek toute entière prouverait le contraire. Mais nous croyons que l'on pourrait éviter tous les détours reprochés à Jellinek au moyen de la conception anglaise, où des questions comme celles de droits-reflets et autres ne se posent même pas.

*
* *

La théorie de Jellinek diffère sensiblement de celle des autres partisans de la théorie dominante : l'individu n'est pas absorbé par l'Etat. Dans la pensée de Jellinek, la puissance étatique ne signifie pas l'ensemble de tous les droits possibles de l'Etat contre ses sujets, mais bien l'ensemble des droits que l'ordre juridique lui confère. A ce point de vue, l'Etat se trouve sur le pied d'égalité avec le simple particulier. Il semble donc logique d'en

(1) Maitland, *loc. cit.*, p. 36.

déduire une autre conséquence d'une importance particulière. Nous voulons parler de la division du droit en droit public et en droit privé. Vu l'égalité de l'Etat et de l'individu devant le droit, il paraît logique d'abandonner cette très vieille division. L'idée d'une unité du droit se fait jour dans la science juridique, lentement mais sûrement (1). Cette conséquence n'est pas admise par Jellinek. Il reconnaît bien qu'il est difficile de tracer la ligne de démarcation entre ces deux domaines du droit (2), mais il conserve la division traditionnelle. D'après lui (3), l'antithèse du droit public et du droit privé consiste en ceci : dans le droit privé, les particuliers sont, en quelque sorte, des sujets de droit juxtaposés, tandis que, dans le droit public, l'un des deux sujets est muni de droits de domination. Le droit public serait donc d'une essence supérieure. En effet, dans la pensée de Jellinek, une relation juridique entre l'Etat et l'individu met en présence deux sujets superposés. D'où sa distinction en *Wollenkonnen* et en *Wollendürfen*. Or, cette inégalité est contraire à la nature même du droit et est incompatible avec

(1) Cf. Weyr, *Zum Problem eines einheitlicher Rechts systems*, dans *Archiv für öffentliches Recht*, t. XXIII (1908), p. 519 et suiv.

(2) *Allg. Staatslehre*, p. 373.

(3) *Ibidem*, p. 372.

l'idée de Jellinek, d'après laquelle c'est le droit qui confère la personnalité juridique aussi bien à l'Etat qu'à un simple particulier. L'objection que le savant professeur fait à ses adversaires de ne pas tirer de leurs théories toutes les conséquences logiquement possibles, se tourne ici contre lui-même. Dans l'ordre d'idées qu'il poursuit, il a dû nécessairement aboutir à l'unité du droit. Il s'arrête pourtant devant cette conséquence et ne l'admet pas. Ses affirmations à ce sujet ne concordent pas avec ses idées fondamentales. Il est toutefois vrai qu'il les atténue en reconnaissant que l'antithèse en question n'est pas absolue ; mais il la maintient, et cela suffit à rendre son système sinon illogique, du moins moins conséquent qu'il ne le semble, en ce sens que le célèbre auteur s'arrête à mi-chemin dans ses déductions logiques.

Aussi d'un côté on nous dit que l'ordre juridique confère des droits à l'Etat, qu'« il est interdit aux autorités étatiques d'imposer un ordre ou une contrainte qui ne soit pas fondé sur la loi » (1), et de l'autre on nous enseigne qu'il y a des sujets en droits supérieurs, d'où il résulte que c'est l'Etat-puissance absolue qui se confère cette supériorité. Où donc est la vérité ? Est-ce l'ordre juridique qui

(1) *System*, p. 99.

confère les droits publics à l'Etat en déterminant leur contenu, ou bien est-ce l'Etat qui s'arroe les droits supérieurs en leur essence à ceux que l'ordre juridique confère aux individus. Cela reviendrait à dire, dans le langage courant, que l'ordre juridique est fait pour les particuliers, mais non pour l'Etat, ce qui est tout à fait contraire à la pensée de Jellinek. Nous avons vu que c'est l'idée d'Otto Mayer. D'après lui, les droits de l'Etat sont des manifestations de la puissance étatique dont le caractère est de dominer : Dans le droit public, « l'Etat ne peut obtenir aucun droit qui ne lui « donne plus qu'il n'a déjà » (1). Dans une semblable théorie il est très difficile de construire les droits subjectifs publics, en lesquels on voit d'ordinaire la barrière de l'activité de l'Etat, ce qui seul importe au point de vue pratique : c'est par voie d'action et par celle des recours qu'un législateur limitera pratiquement l'Etat. Comment donc Mayer explique-t-il les droits subjectifs publics ? La puissance étatique appartenant en propre à l'Etat, le droit attribue les parcelles de cette puissance aux individus déterminés et c'est ainsi que ces personnes obtiennent un droit contre l'Etat. Mais il paraît quelque peu bizarre que l'Etat se

(1) *Loc. cit.*, I, p. 111, 112.

départe d'une parcelle de sa puissance pour qu'on s'en serve ensuite contre lui. Puis comme dans la conception de l'école allemande chaque parcelle de puissance étatique est aussi absolue que le tout, le particulier, une fois muni de cette puissance absolue, s'élève à niveau de l'Etat même et lui devient égal. Voilà pourquoi lorsqu'on conserve à tout prix l'inégalité de l'Etat et de l'individu devant le droit, on finit par se contredire soi-même.

Bien que la conception de Jellinek en cette matière devrait paraître semblable, il n'en est rien : « Tout droit, dit-il, est une relation entre sujets de droits » (1). La domination qui n'est qu'un fait devient juridique, si le Herrscher et le subordonné se reconnaissent mutuellement comme sujets de droits et de devoirs, car « l'Etat ne peut avoir de droits que lorsqu'il a affaire aux personnalités ». Il va plus loin et conclut logiquement que, dans cette reconnaissance de la personnalité des particuliers par l'Etat, se trouve des limites à sa « compétence des compétences » (2). On dirait presque que le savant professeur y voit des limites aussi infranchissables qu'étaient celles des droits naturels. Voilà pourquoi l'objection faite à Jellinek par le savant professeur Le Fur ne nous paraît

(1) *System*, p. 9.

(2) *Allgem. Staatslehre*, p. 469.

pas pleinement justifiée. « Même des esprits, dit-il, d'ordinaire très judicieux inclinent vers cette théorie si dangereuse et la reproduisent sous une forme à peine atténuée : c'est le cas, nous le verrons, pour beaucoup d'étatistes, hommes politiques ou théoriciens, notamment pour ceux aujourd'hui très nombreux qui admettent le prétendu principe d'« autolimitation » de l'Etat, c'est-à-dire en fait nient la possibilité pour l'individu de faire valoir des droits contre l'Etat. L'Etat, d'après eux, peut être tenu moralement de respecter certaines règles, mais il n'y a aucune limite juridique à sa volonté : il fixe librement sa compétence et celle de tous ses ressortissants, individus ou groupements politiques secondaires, aucun d'eux n'a d'autres droits que ceux qu'il leur concède ; en d'autres termes, l'Etat est la seule source du droit et toute règle juridique posée par lui a ce caractère » (1).

(1) Le Fur, *La souveraineté et le droit*, Paris, 1908, p. 5.

CHAPITRE IV

Du fondement du Droit.

I

Des considérations sur la théorie de Jellinek, il résulte que la question de la limitation juridique de l'Etat se confond en définitive avec celle du véritable fondement du droit. Les recherches approfondies sur ce sujet mènent sur un terrain qui n'est pas toujours celui du juriste. D'autres sciences y concourent dont les résultats peuvent être utilisés par lui, mais qui ne peuvent être obtenus par les moyens dont il dispose. L'école allemande reste en général sur le terrain purement juridique. Mais pour résoudre le problème fondamental de notre science qui est celui de la limitation de l'Etat par le droit, elle a dû abandonner le terrain purement juridique et pousser ses recherches vers le fondement réel du droit. La science juridique pure ne connaît d'autres fondements que la volonté de l'Etat d'où découle le droit tout entier. Les recherches sur la véritable

nature du droit ont amené Jellinek à dire que le « dernier » fondement du droit se trouve dans la conviction de sa force d'application et dans sa reconnaissance par celui auquel il s'adresse. L'autorité de la loi « réside dans la conviction qui existe dans la très grande majorité des hommes, que ses prescriptions sont nécessaires au maintien de l'ordre social » (1). Le dernier fondement du droit serait donc psychologique. Mais est-il bien le dernier ? N'a-t-on pas vu des auteurs donner à ce fondement une base plus large en affirmant que le dernier fondement du droit est biologique. Le droit ne prendrait pas naissance dans notre esprit ; c'est la contraction musculaire résultant de l'excitation d'un nerf, qui l'engendrerait. C'est donc du besoin de défense que naît l'idée de droit : « Cette origine est biologique ; c'est ce qu'on appelle en physiologie l'action réflexe, c'est-à-dire le mouvement, la contraction musculaire, répondant à une sensation ou impression, plus généralement à l'excitation d'un nerf, indépendamment même de tout phénomène conscient. Je rappellerai à ce sujet quelques expériences bien connues de quiconque a pris la peine d'ouvrir seulement un manuel de physiologie. Ainsi une grenouille étant suspen-

(1) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1904, p. 2, 3.

due par ses pattes postérieures en contact avec un acide, on voit aussitôt l'animal retirer vivement le membre offensé, l'essuyer contre l'autre patte postérieure et exécuter divers actes pour réagir contre la douleur, faire des mouvements de défense. Rien de plus simple, mais ce qui l'est moins, c'est que la même chose se produit, et même avec plus de rapidité, chez une grenouille décapitée..... Mais ce genre d'action réflexe n'est nullement particulier à la grenouille... Des observations identiques ont pu être faites sur l'homme même» (1).

Inutile de dire qu'un tel point de départ — on pourrait l'appeler physiologique — nous mènerait très loin. Que de connaissances des résultats de diverses sciences et quelle vue d'ensemble nous faudrait-il pour mener à bien cette tâche ! Nous reconnaissons que très probablement le dernier fondement de droit est biologique, la vie étant la source d'où tout découle et où tout mène. Des recherches sur ce sujet pourraient être intéressantes et, jusqu'à un certain point, utilisables par le juriste. Mais il y a lieu de remarquer qu'il est presque impossible d'adopter avantageusement et sans plus un de ces trois fondements. Tous les fondements qu'on ait jusqu'ici donnés au droit paraissaient bien fondés,

(1) Létourneau, *L'Evolution juridique*, Paris, 1891, p. 7-8. Cf. p. VI, p. 15, 101.

et pourtant tous sont combattus. Il en est résulté une méfiance compréhensible pour les systèmes édifiés sur l'un ou l'autre d'entr'eux, et pourtant il faut bâtir sur quelque chose. Les systèmes juridiques ne sont jamais très préférables les uns aux autres. Nous croyons fermement qu'il est impossible d'en construire un qui eût le dernier mot dans notre science. Toute cette étude n'a eu qu'un but : c'est de montrer la relativité des conceptions juridiques. Ce qu'on pourrait attendre d'elles, c'est de servir pratiquement, dans un but déterminé et à un moment donné, d'après la conception qu'une société donnée se fait de l'idéal à atteindre. Y a-t-il un idéal commun ? On pourrait dire avant tout qu'un système juridique doit servir la cause de la justice, et il est facile d'être de cet avis. Mais quelle idée se font de la justice, à l'heure où nous sommes, les différents peuples du monde civilisé, et les différentes classes d'une même société ? Dans toute l'Allemagne on enseigne la doctrine hegelienne que le peuple allemand est appelé à remplir une mission mondiale à l'instar des anciens Romains. La remplira-t-il par les mêmes moyens et au nom de la justice ? On parle de la paix sociale, de la justice sociale comme du véritable but du droit. Mais la classe capitaliste et la classe ouvrière les conçoivent-elles de la même façon ? Quel est donc

le principe qui doit guider le législateur d'un pays ?

On a dit que les systèmes philosophiques ne réalisent qu'un souhait du cœur. Mais nous ne voyons aucun mal à ce qu'il en soit ainsi. Un souhait du cœur, s'il n'est pas scientifiquement fondé, représente du moins quelque chose de vraiment réel, la tendance vers un idéal. Parmi les systèmes qui nous intéressent, il y en aurait peut-être de non chimériques et par conséquent utilisables par le législateur. Si les conceptions philosophiques sont toujours trop générales pour servir, telles quelles, de base au travail pratique du législateur, il n'en est pas moins vrai, qu'il s'en dégage toujours des idées moins philosophiques et plus terre-à-terre qui guident le législateur. « Les distinctions délicates et subtiles, dit Dicey, telles que les différences théoriques qui séparent l'individualisme absolu de Herbert Spencer d'un côté, de l'individualisme pratique et utilitaire de J.-S. Mill et H. Sidgwick de l'autre n'ont eu aucune influence sérieuse sur la législation » (1).

L'affirmation de Dicey, que « les théories extrêmes et logiquement cohérentes n'ont, pendant

(1) *Op. cit.* p. 16, 17.

le XIX^e siècle, produit aucun effet important sur le droit anglais » peut être aujourd'hui généralisée. Mais de ces conceptions « logiquement cohérentes », il reste toujours quelque chose : « C'est seulement individualisme modéré, dit-il, bien qu'il puisse être inconsistant, — c'est aussi le socialisme modéré — bien qu'il puisse être inconsistant, — qui ont influé sur la confection des lois anglaises » (1). Et plus loin : « Le principe du libre échange, dit-il, peut, en tant qu'il s'agit des Anglais, être considéré comme la doctrine d'Adam Smith. Les arguments en sa faveur n'ont jamais été et ne seront jamais compris par la majorité d'un peuple. » Il est inutile de rappeler la conception du contrat social et son influence sur le législateur français. Dans les papiers personnels de Waldeck Rousseau on en trouve des preuves certaines. L'idée de la solidarité sociale de M. Léon Bourgeois, d'une dette de la société envers les déshérités a beaucoup influé sur la législation française des derniers temps. Les tendances qui s'en étaient dégagées ont laissé des traces profondes dans la vie publique française. Quelques-unes de ces idées ont dépassé déjà les frontières de la France, étant très attrayantes. En

(1) *Ibidem*, p. 17.

ce qui concerne les systèmes juridiques à proprement parler, ils sont acceptables, à notre avis, dans la mesure où ils correspondent aux besoins de la pratique. Celle-ci variant suivant les pays, il en est de même des systèmes qui y ont été suivis. Il y eut des modifications, mais d'une manière générale on peut dire que le monde civilisé n'en connaît que trois principales conceptions : française, anglaise et allemande.

De ces trois conceptions, l'anglaise, la moins « doctrinaire », nous semble la plus rapprochée de la pratique. Par opposition à l'idée qui base la conception française, l'idée de justice idéale au nom de laquelle la France a fait des efforts gigantesques et des sacrifices les plus nobles ; par opposition à l'idée maîtresse qui base la doctrine allemande, c'est l'idée de l'intérêt pratique qui domine la conception anglaise (1). « Le « fait anglais », dit M. Deslandre, — j'entends par là ce qui se passe dans la réalité en Angleterre quant à la production des lois, — nous offre en effet, pour cette confrontation, un avantage particulier. Je ne parle pas de celui d'avoir été étudié avec une richesse de documentation et une pénétration particulières ; je vise celui d'être un « fait », c'est-

(1) Cf. Fouillée, *L'Idée moderne du droit*, p. 9 et suiv.

à-dire un produit de la vie même. On sait suffisamment, pour qu'il n'y ait pas à insister, que l'Anglo-saxon répugne à la théorie et préfère ce que produit le libre jeu des forces existantes ; on sait que l'Angleterre n'a jamais rédigé de constitutions pour son usage et que c'est l'histoire qui lui a donné ses institutions. On a donc dans les pratiques anglaises le type d'un système qui n'a pas pour origine l'esprit de système, le type d'un système spontané, qui permet de contrôler la théorie abstraite, produit du cerveau, par la vie réelle, produit des forces historiques » (1).

Comme M. Deslandre, nous attachons une importance particulière à un système issu de la pratique même ou fait pour la pratique, ce qui peut revenir au même. C'est le point de vue pratique qui doit l'emporter et il faut toujours suivre le conseil donné par M. Deslandre : « ... par suite de la complexité des phénomènes sociaux, dit-il, et par l'empire des traditions ou des pressions des circonstances historiques sur les individus, les institutions ou les pratiques politiques sont en dépendance de la vie des peuples, de leur tempérament, de leurs conditions. D'où il résulte que, si nous trouvons entre un système, formulé

(1) Deslandre, *Étude sur le fondement de la loi*, Paris, 1908, p. 25, 26.

par des théoriciens politiques, et des pratiques, issues de la vie, une contradiction profonde, nous récuserons certainement la théorie, eût-elle été décrétée comme règle de vie, au nom de ce que nous aurons vu produit par la vie (1).

Il y a un auteur contemporain français souvent cité à l'appui des thèses les plus différentes ; c'est M. Bergson. Il est pourtant difficile de tirer de ses œuvres les preuves décisives pour une conception politique déterminée. M. Bergson le reconnaît lui-même.

Ce qui est certain dès maintenant — et à ce sujet on peut être entièrement d'accord avec le savant professeur lui-même. — ce sont ses idées sur l'objet de la science en général : « Quel est, dit-il, l'objet essentiel de la science ? C'est d'accroître notre influence sur les choses. La science peut être spéculative dans sa forme, désintéressée dans ses fins immédiates : en d'autres termes, nous pouvons lui faire crédit aussi longtemps qu'elle voudra.

« Mais l'échéance a beau être reculée, il faut que nous soyons finalement payés de notre peine. C'est donc toujours, en somme, l'utilité pratique que la science visera. Même quand elle se lance

(1) *Op. cit.*, p. 26.

dans la théorie, la science est tenue d'adopter sa démarche à la configuration générale de la pratique. Si haut qu'elle s'élève, elle doit être prête à retomber dans le champ de l'action, et à s'y retrouver tout de suite sur ses pieds » (1).

Il n'est pas étonnant que l'on soit tenté d'adopter le système anglais, sinon dans ses détails, du moins dans l'idée générale qui s'en dégage. Nous allons voir par la suite quelle est cette idée qui, à notre très modeste avis, doit servir de guide à un législateur. « Ainsi, dit M. Deslandres en terminant, de l'observation se dégagent des enseignements qui infirment les systèmes absolus, rigides et simplistes et qui permettent d'en édifier ou d'en confirmer d'autres, pourvu que ce soient des systèmes en qui se retrouve la complexité de la vie » (2). Mais il ne faut pas oublier la part des systèmes qui étaient, comme nous le disions, faits par la pratique, tel celui de Bentham. » A l'individualisme, dit M. Dicey, *en ce qui regarde la législation*, on rattache, d'ordinaire et non sans raison, le nom et les principes de Bentham. Le nom d'un homme, il est vrai, ne peut jamais résumer d'une manière satisfaisante toute une école doctrinale ; mais à partir de 1825, les enseignements de Ben-

(1) Bergson, *L'Evolution créatrice*, 1909, p. 356.

(2) *Op. cit.*, p. 35.

tham ont exercé une influence si puissante qu'il est juste de faire remonter jusqu'à lui cette amélioration pénétrante quoique graduelle du droit anglais, amélioration qui a été l'un des principaux résultats du *Reform Act* » (1).

II

M. Deslandres a essayé de réconcilier les deux conceptions anglaise et française, et il réfute énergiquement la conception allemande. D'après lui, les constatations toutes réalistes de M. Dicey, observateur du « fait anglais », ne contredisent pas la thèse de la loi « expression de la justice » (2) ; mais elles contredisent, lui semble-t-il (3), le fondement que l'école allemande donne au droit, d'après laquelle le droit n'est que l'expression de la volonté étatique. Nous avons vu dans quelle mesure cette objection est justifiée en ce qui concerne Jellinek et sa théorie de l'autolimitation. Nous savons que Jellinek sépare nettement ces deux points de vue : le point de vue purement juridique et celui en quelque sorte réaliste qu'il appelle métajuridique. Ce n'est qu'au premier point de vue que le droit nous apparaît comme l'expres-

(1) Dicey, *Le Droit et l'opinion publique*, p. 117.

(2) *Op. cit.*, p. 29.

(3) P. 29-31.

sion de la volonté étatique, alors qu'en se plaçant au point de vue métajuridique, le fondement du droit se trouve dans la conviction de ceux qui lui sont subordonnés. N'y a-t-il donc pas un point de contact commun entre les trois conceptions en question ? Ne pourrait-on compléter la formule de M. Deslandres, ainsi qu'il suit : l'idée de conviction de la majorité des citoyens de Jellinek égale l'idée de l'opinion publique de Dicey, égale l'idée de justice de Deslandres ? On a pu assez souvent constater, au cours de cette étude, une sorte d'osmose entre les différentes théories au premier abord très opposées les unes aux autres. Pourquoi ne pas suivre prudemment cette idée jusqu'au bout ? L'étude de M. Deslandres nous montre qu'il est possible d'arriver ainsi à des résultats satisfaisants.

Pour remplir cette tâche, il faut réduire à sa juste valeur la conception allemande de la puissance étatique. C'est déjà fait par Jellinek. Il y a des idées qui, malgré toutes les exigences du temps, conservent, en théorie, leur ancien fond. Elles restent toujours vivaces, ne perdant rien de leur force primitive. Elles ressemblent, — que la comparaison nous soit permise, — aux fauves que l'on réussit à dompter mais qui, à la fin, dévorent leur dompteur. Il en est ainsi de l'idée de souveraineté. Rébarbative à toute tentation de « façonnage », au

lieu d'être vaincue elle finit par vaincre. C'est en vain que la toute-puissance qu'elle exprime a été attribuée à différentes personnes physiques ou morales. Là où elle trouve place, elle devient désastreuse pour une théorie du droit. Telle est l'impression qui se dégage à première vue des doctrines allemandes. On se rappelle celle qui domine la littérature juridique allemande. A son point de départ, comme il a été démontré au début de cette étude, elle suppose deux points comme acquis : l'idée de la puissance étatique et l'idée de la personnalité de l'Etat. Mais dans l'étude de l'Etat c'est le premier qui l'emporte. La personnalité, le droit nous la confère à tous, tandis que la puissance n'appartient qu'à l'Etat. Or, comme tout le droit vient de l'Etat, il est évident que l'Etat n'ait pu se détruire lui-même. Et voilà l'idée de puissance souveraine dans toute sa vigueur ancienne.

L'idée de la force est particulièrement chère aux Allemands. Elle pénètre toute la philosophie hégélienne, et c'est cette philosophie qui se trouve à la base des conceptions juridiques allemandes. Mais elle a débordé les cadres étroits de la science juridique et a fait son apparition dans des ouvrages remarquables, avec cette différence que d'apologie de la puissance de l'Etat, elle est devenue l'apologie de la force de l'individu. Abandonnée

au libre jeu des esprits, surélevés d'après les uns, pathologiques d'après les autres, l'idée de la force a été poussée jusqu'aux dernières extrémités; des déductions très audacieuses ont été ainsi élaborées. Et, par une sorte de choc en retour, la science juridique en a subi le contre-coup, si bien qu'à l'heure actuelle l'idée de la force est peut-être plus puissante qu'elle n'était jadis. « Que m'importe le droit ? Je n'en ai pas besoin. Ce que je puis acquérir par la contrainte, je le possède et j'en jouis; ce dont je ne puis m'emparer, j'y renonce et je ne vais pas me pavaner avec mon prétendu droit, mon droit imprescriptible » (1). Or, il y a quelque temps, un député français tenait le langage suivant au Parlement du pays des droits imprescriptibles :

« Nous dirons à M. le président du conseil : Vous avez le devoir d'intervenir auprès des compagnies pour exiger d'elles qu'elles mettent un terme à la répression. Il nous répondra qu'il ne peut rien de plus, qu'il a épuisé ses moyens d'action. Nous lui rappellerons qu'il est le chef du gouvernement et qu'il n'y a pas de maître à côté de lui. »

Et le *Temps*, à qui nous empruntons cette cita-

(1) Stirner, *Der Einzige und sein Eigenthum* (*L'Unique et sa propriété*, traduction Lasvigne), p. 269.

tion, d'ajouter : « Avec cette doctrine, il n'y a plus de garanties pour les citoyens. La force gouvernementale, au lieu de s'appliquer à la protection des droits privés, est tournée contre eux. Ce n'est plus, évidemment, l'absolutisme d'un seul, et un interrupteur a pu s'écrier (ironiquement peut-être) : « Louis XVI est mort ! » Mais quand il s'exerce à travers l'irresponsabilité d'une Assemblée parlementaire, l'absolutisme ne cesse point pour cela » (1). Voilà l'idée de Stirner, et celle de Nietzsche, appliquées à l'Etat. Il est hors de doute que c'est une conception fausse autant que dangereuse de la puissance étatique. Dire que l'Etat peut tout faire parce qu'on n'a pas de maître à côté de lui, c'est affirmer précisément ce que disait Stirner de l'individu : « Ma liberté va jusqu'où va mon pouvoir » (2). Peut-on en prétendre ainsi de l'Etat? C'est ici, et ici seulement, qu'on pourrait dire avec M. Deslandres : « Tout le livre de M. Dicey est une protestation contre cette métaphysique politique » (3). Mais la « plénitude de la volonté », seule estimée par Nietzsche (4), n'existe pas chez l'Etat, non plus que chez l'individu. L'humanité

(1) *Le Temps* du 16 avril 1911.

(2) *Op. cit.*, p. 324 et suiv.

(3) *Op. cit.*, p. 30.

(4) *Zaratostra*, p. 101.

entière apparaissait à Stirner comme une maison de fous, et les hommes ne lui paraissaient « s'agiter librement que parce que l'asile où ils se démènent occupe un large espace ». Mais cette humanité serait perdue et cet asile si vaste qu'il soit ne pourrait jamais contenir les individus qui iraient jusqu'au bout de leur pouvoir objectif s'ils suivaient ses principes. Ni l'individu isolé — l'Unique de Stirner et le Sur-homme de Nietzsche —, ni l'Etat personnifié, ne connaissant d'autres limites que celles jusqu'où va la « plénitude » de leur volonté, n'existent et n'ont jamais existé. S'il est une idée abstraite et absolument sans aucun rapport avec la réalité, c'est bien une telle conception de la force. Et s'il est une idée dangereuse qu'il faille combattre par tous les moyens possibles, c'est bien celle-là. Nous opposons nettement à cette idée celle d'interdépendance sociale telle que nous l'avons vu chez notre maître M. Pillet (1). L'homme libre n'est pas l'Unique de Stirner, ni le Sur-homme de Nietzsche, mais bien « le sauvage qui vit au fond des bois » (2).

C'est cette conception de la force qu'elle soit attribuée à un seul ou à l'Etat qu'il faut réfuter. Mais est-ce bien là la conception de Jellinek de la

(1) V. *infra*, p. 480.

(2) *Ibidem*.

puissance étatique ? Nous ne le croyons pas. Nous avons vu qu'il reconnaît lui-même que l'Etat ne peut tout faire et que la notion de puissance étatique n'est qu'un « instrument » du juriste. La question est de savoir à quoi il se réduit et s'il est vraiment indispensable. On pourrait dire qu'il signifie simplement que c'est l'Etat qui *dégage* de l'interdépendance sociale les règles de conduite dont l'ensemble constitue le droit. Chaque rapport social aussitôt né engendre une règle de conduite pour ceux qui lui servent de supports, et ses rapports naissent indépendamment de la volonté de l'Etat. La volonté de l'Etat n'est pas absolue et est d'avance limitée en ce sens qu'elle est la plupart du temps l'expression de cette interdépendance. Mais dire que le droit a son fondement dans l'interdépendance sociale, ce n'est pas donner au législateur un principe qui puisse le guider sûrement dans son travail. De nouveau se pose la question : y a-t-il une idée générale qu'on puisse suivre sans trop de danger d'être induit en erreur ? Nous affirmons qu'il y en a une, et c'est précisément celle qui se dégage de l'œuvre intéressante de M. Dicey et que nous tâchons de réconcilier non seulement avec l'idée de M. Deslandres, mais aussi avec celle de Jellinek réfutée par le premier.

III

Dans ses recherches sur le fondement de la loi, M. Deslandres conclut que la « loi repose à la fois sur deux principes, dont aucun n'est intégralement suivi : volonté du peuple, expression de la justice » (1). Il est hors de doute que M. Deslandres soit dans le vrai. Reste à savoir dans quelle mesure ? Ce qui nous manque ici, c'est un peu de précision. Si la base du droit est la justice — et nous sommes le premier à en convenir — la question du fondement du droit se transforme en celle du fondement de la justice. Quel est ce fondement ? Quelle est l'idée qu'un législateur doit se faire de la justice ? On peut s'en faire une idée différente dans les divers pays. Mais le peut-on dans un même Etat. Toute la question est là. Nous tâcherons de démontrer que, quelque différence qu'il existe entre l'idéal à atteindre des diverses nations, on arrive toujours de la même façon à l'idée de justice. Nous essayons de raviver ici une idée très ancienne, en faisant toutes les réserves nécessaires sur son infaillibilité.

Tout d'abord quels sont les rapports qu'on appelle juridiques ? On répond ordinairement que ce

(1) *Op. cit.*, p. 34.

sont des rapports dont le droit s'occupe. C'est répondre à la question par la question, si tant est que tout rapport dont le droit s'occupe est juridique. Prenons l'employé indélicat qui vole son patron. Il est incontestable que le droit s'en occupe, mais il n'est pas moins incontestable que le vol ne constitue pas un acte juridique. Il est aussi hors de doute que le droit s'occupe des manifestations sociales de l'homme : *ubi societas ibi ius*, disaient déjà les Romains. Un Robinson Crusoë vivant isolé dans son île, n'entre pas dans les rapports sociaux et ses actes ne peuvent être objet de droit. Mais il est fort douteux que les règles techniques que l'homme primitif devait suivre pour fabriquer des armes et des ustensiles domestiques n'eussent pas les mêmes causes que celles que le droit prescrit à un homme vivant en société. Quels sont donc les rapports de l'homme social dont le droit s'occupe ? Quand nous disons l'homme social, nous entendons par là l'homme social de M. Pillet. De même qu'il se forme un large filet des relations des Etats entre eux (1), il existe un tissu semblable et beaucoup plus serré de relations des individus entre eux. Nous allons nous occuper des relations sociales des individus ainsi comprises.

(1) Pillet, *op. cit.*, p. 20.

Mais dans l'ensemble de relations sociales d'un individu donné, comment définir les rapports qu'on appelle juridiques ? Prenons exemple d'un ouvrier qui dispose d'une certaine force physique et d'une certaine capacité, constituant un véritable capital. Tant que cet ouvrier reste en état isolé, il n'y a point de manifestations sociales et par conséquent il n'y a point d'objet pour la science noologique qu'est le droit. Dans le cas qui nous intéresse, la volonté qui dirige ce petit capital peut prendre deux directions principales : il peut l'anéantir, mais il peut aussi le faire valoir. Dans ce deuxième cas, il peut prendre une des trois résolutions suivantes : ou le faire valoir en son intérêt en ne passant pas par l'intérêt d'un autre membre de la société et sans que le capital social de celui-ci en soit endommagé, ou le faire valoir dans son propre intérêt, mais en passant par l'intérêt de celui-ci, ou enfin le faire valoir dans son intérêt, mais en endommageant le capital social d'un autre. Dans la première hypothèse, nous ne sommes pas en présence d'un acte social proprement dit, mais purement individuel, c'est l'acte de Robinson dans son île ; dans la deuxième hypothèse, c'est l'acte social par excellence ; dans la troisième, on pourrait l'appeler et on l'appelle anti-social, mais il est social en ce sens qu'il sup-

pose la société. Laissons pour l'instant de côté la première et la dernière hypothèse, pour ne nous occuper que de la seconde. Quel est le contenu des relations sociales nouées par de tels actes ? Il nous semble, à nous, que, quel que soit le mobile qui détermine l'homme à se mettre en rapport avec ses semblables, que ce soit l'instinct de conservation, l'égoïsme, l'altruïsme, l'ego-altruïsme ou tout simplement l'intérêt, ce rapport revêt toujours la forme d'un *échange*.

Nous ne tenons pas ici le langage économique proprement parlé, mais nous reconnaissons volontiers que, dans notre idée, il s'agit d'un échange des biens dans le sens le plus large du mot. La vie sociale n'est, la plupart du temps, qu'un vaste échange. Dans les rapports sociaux on ne fait que donner pour recevoir, même là où l'on croit au sacrifice (1). Ce qui décide ici c'est la satisfaction, le plaisir éprouvé à la suite d'un échange. Parmi trois lois principales qui gouvernent le monde, le professeur Kohler donne aussi la loi de la joie et de la douleur, il est vrai après la loi de la limitation fatale de l'individu et celle du progrès (2).

(1) Cf. Ihering, *op. cit.*, chap. IV : *Das Problem der Selbstverleugnung*.

(2) Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 1883, p. 257.

Cet échange est indispensable à la transformation des conditions préalables dont un individu doit disposer pour se mettre en rapports sociaux avec ses semblables. Or, échanger signifie faire un acte dans son propre intérêt en passant par l'intérêt d'un autre. Chaque individu constitue sous ce rapport ce que M. Michoud appelle un *centre d'intérêts* et ce que nous appellerions un *centre social*. Les besoins d'échange ont amené et amènent toujours les individus à réunir les conditions dont nous parlions tout à l'heure (1) : d'où nouveaux centres variant à l'infini. Comme il n'y a que la volonté individuelle qui les dirige, ce n'est qu'à la volonté individuelle qu'on puisse logiquement attribuer des droits et des devoirs. Ce n'est donc que la volonté individuelle qui puisse être sujet de droit, mais elle ne peut l'être qu'en tant qu'elle se trouve à la tête d'un centre social : d'où la conséquence qu'une même personne physique peut représenter plusieurs personnes juridiques à la fois. En suivant un tout autre ordre d'idées M. Roguin arrive à la même conclusion : « L'on voit donc, dit-il, que le même individu peut avoir plusieurs personnalités successivement ou simul-

(1) Cf. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 45, 53. Sa très intéressante théorie de la collaboration (*Vereibungstheorie*) repose toute sur cette idée.

tanément (1) : d'où on peut conclure que le droit ne connaît pas les personnes réelles.

Plus grand est le nombre de ces centres et plus intensive est la vie sociale. Les manifestations sociales de l'homme ne sont que des relations entre les différents centres sociaux. On a dit que la société se diversifie. Mais c'est dans l'individu même que s'opère d'abord cette différenciation. D'où le phénomène dont parle M. Saleille : « Nous avons un code civil fait pour une société essentiellement individualiste ; et nous allons de plus en plus vers une organisation des droits collectifs » (2). Voilà pourquoi ceux qui défendent la famille comme un centre social indiqué par la nature même sont incontestablement dans le vrai. Il y a une grande part de vérité dans la *Réforme sociale* de Le Play qui demande la suppression des articles du code civil qui imposent le partage des biens de famille (3).

(1) Roguin, *La règle de droit*, p. 390.

(2) *Méthodes juridiques*, p. XVII.

(3) 4^e éd., t. I, ch. I.

Paul Bourget écrivait dernièrement, à l'occasion de son *Tribun* : Reconnaissons plutôt que, dans les sociétés fondées sur la famille, il s'opère une féconde et puissante élaboration d'énergie. Un travail de constant gaspillage et d'épuisement s'accomplit au contraire dans les sociétés fondées sur l'individu. Si bien que ces deux mots : *individualisme* et *individualité*, qui paraissent synonymes, peuvent être donnés comme deux termes contradictoires. Ils sont, pourrait-on dire, en raison inverse l'un de l'autre.

Ces quelques réflexions suffisent pour montrer combien sont

Si l'idée de coopération, préconisée par M. Gide, est juste, pourquoi affaiblir le premier groupement coopératif : la famille ?

dangereuses un certain nombre des mesures qui figurent dans le programme politique des partis actuellement au pouvoir. Il est équitable de reconnaître que le problème ne se pose pas pour eux sous cette forme. La qualité du produit humain à créer ne les préoccupe point. S'ils considèrent l'héritage, ils n'y voient que l'iniquité qui attribue au fils d'un millionnaire des biens tout acquis et qu'il n'a pas mérités. S'ils considèrent le mariage indissoluble, ils n'y voient qu'un lien accablant pour l'homme ou la femme mal mariés et l'iniquité de leur sort. S'ils considèrent l'enseignement, ils n'y voient que l'inégalité des éducations et les diversités futures des opinions, du moment que les enfants auront été élevés d'après la fortune et les idées de leur père. Et ils s'essayeraient à corriger, à coup d'impôts, l'injustice des transmissions pécuniaires, à élargir le divorce en attendant l'union libre, à paralyser le contrôle des parents sur l'éducation. Le malheur est que ces mesures, si elles font une société d'apparence plus rationnelle, font aussi une société appauvrie, amaigrie, anémiée. La cellule vitale, la famille, dépérit. Nos gens ressemblent à des ingénieurs qui construiraient de rigides canaux de marbre pour l'écoulement d'une source, et qui, en fouillant le sol pour installer ces marbres, tariraient la source. Par quels moyens les arrêter dans leur redoutable besogne ? En leur en montrant les conséquences, et d'abord en les forçant à considérer le phénomène-famille dans sa réalité féconde et dans ses conditions. C'est à quoi toute une école, celle des traditionalistes par positivisme, s'applique depuis des années. Le signataire de ces lignes en est un modeste ouvrier.

(Le *Matin*, du 14 mars 1911).

IV

Prenons maintenant une relation sociale particulière et voyons comment naît l'idée de droit ou plutôt l'idée de justice sur laquelle, d'après M. Deslandres, pour ne citer que lui, toute loi doit être fondée. D'abord, nous admettons ce qu'on appelle en Allemagne la subjectivité du droit. Selon nous, l'idée d'un droit vient et est toujours venue à l'esprit au moment même où un centre social dirigé par une volonté consciente se départit d'un bien au profit d'un autre. Elle prend naissance dans l'état psychologique qui s'ensuit : dans l'attente que la volonté dirigeant l'autre centre social obéira à l'ordre qu'on lui adresse, malgré les motifs individuels contraires. Voilà pourquoi il peut y avoir des droits même dans le cas où le second centre social reçoit quelque chose malgré la volonté qui le dirige. La notion du devoir subjectif est, elle aussi, une partie du contenu de notre conscience. C'est dans la nature de l'homme de se sentir obligé chaque fois qu'il reçoit et de se considérer sujet d'un droit chaque fois qu'il donne. S'il obéit à l'ordre donné, c'est toujours par une sorte d'autolimitation, étant donné que les motifs individuels contraires sont toujours présents.

L'idée d'autolimitation est donc une idée générale et est applicable avant tout à l'individu même. Par conséquent, il peut y avoir des droits subjectifs sans qu'il y ait un droit objectif, un Droit. Stamm-ler (1) nous montre un sauvage qui, en homme le plus doux du monde, vient troquer avec le blanc, après avoir déposé les armes, l'ivoire pour de la pacotille. Ce sauvage, dès l'instant même où il s'est départi de son ivoire, a été conscient de son droit, et cela, sans qu'aucune règle de droit objectif intervînt, pour la simple raison qu'elle n'existait pas.

Quand on donne pour recevoir, on attend toujours, en retour, l'équivalent de ce qu'on donne. L'équivalent est une notion subjective par excellence. Cela ressort nettement des considérations sur la valeur de l'école autrichienne. Pourtant, l'idée du juste a été toujours l'idée du juste équivalent. « L'équivalent, dit Ihering, est la réalisation de l'idée de justice dans le domaine des relations sociales » (2). Déterminer un équivalent objectif pour toutes les relations sociales serait atteindre l'idéal. Le « Juste objectif » de M. Geny, de quelque manière qu'on le comprenne, restera toujours un idéal, mais il est réalisable de notre temps dans des proportions de plus en plus étendues.

(1) Stamm-ler, *op. cit.*, p. 113.

(2) Ihering, *op. cit.*, p. 134, 135.

Il suit de la conception d'un droit subjectif qu'il peut se passer des règles juridiques objectives. L'interdépendance amène fatalement les hommes à se mettre en rapports sociaux les uns avec les autres, mais le droit et le devoir naissent à propos de chaque rapport social. D'où l'existence réelle et incontestablement juridique du droit international. Tout droit est garanti en premier lieu par celui même à qui il adresse son impératif : « Fais-le » ! Dans les relations d'Etat à Etat un *Wollendürfen* de Jellinek n'est pas concevable. On obéit à un impératif juridique sous la contrainte immédiate de ce que Ihering appelle la contrainte psychologique. Les causes de cette contrainte peuvent varier à l'infini, mais, en théorie, on peut en faire entièrement abstraction. Pour qu'un motif quelconque détermine notre acte, il faut que nous l'adoptions : toute contrainte en dernier lieu n'est qu'une contrainte psychologique.

V

Nous considérons donc comme acquis que le droit, en principe, peut se passer de l'Etat et de la contrainte dite organisée. Comment donc expliquer le passage du subjectif à l'objectif et du droit naissant spontanément d'un rapport social au droit étatique ?

Un droit subjectif par excellence, naissant à propos d'une relation sociale particulière, a pour but principal l'objet sur lequel il porte. Ce but atteint, le droit s'éteint de lui-même. Mais tant que ce but principal n'est pas atteint, il ne porte pas uniquement sur l'objet à acquérir, sur la prestation à fournir, en un mot sur l'acte de volonté qui lui est dû. Portant sur son objet principal, il veut non seulement que celui auquel il s'adresse avec son impératif accomplisse l'acte déterminé, mais aussi que rien ne l'empêche de s'accomplir. Ce qu'il faut, c'est que l'échange aboutisse de part et d'autre : d'où le besoin d'écarter toutes les entraves possibles. Il est donc naturel que le sauvage de Stammler et le blanc qui échange avec lui, écartent spontanément tout ce qui pourrait les empêcher de troquer. Ils y arrivent en réunissant les moyens de défense dont ils disposent ensemble : d'où un nouveau centre pouvant être dirigé par une volonté et, par conséquent, susceptible d'être lui-même sujet de droits et de devoirs. C'est ce qui se passe toujours là où il y a un groupement d'hommes vivant en commun, que ce soit la famille, le clan, la tribu, etc. Le fait même que ce nouveau centre social entre de suite en relations avec d'autres existant déjà au moment de sa naissance, en fait un sujet de droits et de devoirs.

Le point particulier des relations sociales d'un tel centre est qu'elles sont ininterrompues, le danger interne et externe étant permanent. C'est ce qu'on pourrait appeler, en ce qui concerne l'Etat : la loi de la permanence des organes et des services de l'Etat (Larnaude). L'activité de la volonté qui dirige ce centre porte sur la conservation des rapports sociaux existants et leur stimulation. Elle ne peut être conçue juridiquement que comme devoir.

Il y a une grande part de vérité dans la conception réaliste, par exemple, de M. Berthélemy. « Mes contradicteurs, dit-il, ont le tort grave de faire de l'Etat un monstre de puissance ; comme ils en redoutent les atteintes, ils s'évertuent à lui rogner les griffes et à lui limer les dents. Il est moins dangereux de ne faire de l'Etat qu'une machine ayant tout juste ce qu'il faut de griffes pour nous défendre et de dents pour travailler à notre profit ». Par conséquent, la puissance publique n'est pas, d'après lui, un droit. « Les gouvernants, dit-il, n'ont pas des droits ; ils ont des fonctions » (1).

La conception que l'activité étatique ne constitue que le devoir de l'Etat envers les citoyens est par excellence française et particulièrement chère aux

(1) Berthélemy, *Mét. jur.*, p. 74, 75.

partisans des droits individuels: « Ainsi se trouve déterminée, dit Henry Michel, non pas pour toute la société en général, mais par les sociétés progressives telles que la nôtre, et au moment précis de l'histoire où nous la considérons, la tâche de l'Etat conçue selon la raison. Cette tâche, on le voit, n'impose à l'Etat que des *devoirs*. Si ces devoirs ont été souvent appelés des *droits*, la faute en est aux nécessités de la politique (1).

D'autres ont étendu la notion de devoir sur toute l'activité sociale de l'homme: « L'homme, dit Bonald, n'existe que pour la société; la société ne le forme que pour elle-même. » « Dans la société il n'y a pas de droits, il n'y a que des *devoirs*. » Henry Michel, à qui nous empruntons ces citations, a raison de dire que Bonald avait trouvé beaucoup d'imitateurs (2), et non seulement en France mais aussi en Allemagne (Dunker). On sait que M. Duguit fait sienne l'idée d'Auguste Comte (3). Mais au passage cité par M. Duguit, nous préférons celui-ci: « Le positivisme, dit Comte, ne reconnaît à personne d'autre droit que de faire toujours son devoir... La notion du droit doit disparaître du domaine politique, comme la

(1) Henry Michel, *op. cit.*, p. 649, 650.

(2) Henry Michel, *op. cit.*, p. 114, 115.

(3) Duguit, *Le Droit social*, p. 12, 13.

notion de cause du domaine philosophique... Le positivisme n'admet jamais que des devoirs, chez nous, envers tous, car son point de vue, toujours social, ne peut comporter aucune notion de droit, constamment fondée sur l'individualité... Tout droit humain est absurde autant qu'immoral. Et, puisqu'il n'existe point de droits divins, cette notion doit s'effacer complètement, comme purement relative au régime préliminaire, et directement incompatible avec l'état final (de l'humanité), qui n'admet que des devoirs d'après des fonctions » (1).

Si l'on se rappelle ce qui a été dit au sujet de la théorie de la norme, le lien, qui existe entre la conception philosophique d'Auguste Comte et la conception juridique de cette théorie, est indiscutable. Pourtant, il nous paraît excessif de ne voir partout que des devoirs. Binding, le fondateur de la théorie de la norme, se révolte contre une telle conception. A chaque droit correspond nécessairement un devoir et *vice versa*. « Celui qui est aveugle (farbenblind) pour une moitié du phénomène, dit Binding, ne voit dans toutes les règles juridiques que les prescriptions fondant des devoirs » (2). Nous croyons que Binding est dans le

(1) *Cours de philosophie positive*, t. VI, p. 454, 2^e éd.; cité par Fouillée, *op. cit.*, p. 128.

(2) Binding, *Die Normen*, I, p. 104 et suiv.

vrai, mais dans une certaine mesure. A notre avis, toute relation sociale juridiquement conçue est, en effet, une norme. Pour que cette norme soit respectée, il faut obéir à deux impératifs juridiques qui, comme disait Thon, s'appellent l'un l'autre. Or, l'acte signifiant l'obéissance à un impératif juridique n'est concevable que comme devoir, et puisque toute l'activité sociale intéressant le droit n'est que l'obéissance à l'ensemble d'impératifs juridiques, la conception attaquée par Binding se trouve quand même logiquement fondée. D'autre part, un impératif suppose une volonté consciente qui adresse l'ordre et celui-ci ne peut être donné qu'à la suite d'une « représentation de notre esprit » (Jellinek) qu'est le droit, — donc Binding a raison lorsqu'il dit qu'il ne faut pas être daltonien pour l'autre moitié du phénomène juridique : la norme.

Du fait que la réalisation du droit procure la plupart du temps un avantage à celui même qui adresse l'impératif juridique à une personne déterminée, on déduit que le titulaire du droit est toujours son bénéficiaire, mais on recule devant la conséquence logique d'une telle conception et l'on refuse la qualité de sujet de droit aux animaux et aux sujets inanimés parce qu'ils manquent de volonté. Pourtant on l'attribue à *l'infans* et au fou

alors qu'il est incontestable qu'ils en manquent aussi. A notre avis, le sujet de droit est toujours un centre social capable d'être dirigé par une *volonté*. La distinction généralement admise entre la capacité de jouissance et celle d'exercice doit être logiquement écartée. Si la nature du droit est par excellence subjective, et nous l'admettons, si le droit est une représentation de notre esprit, il ne peut être attribué qu'à une volonté. L'activité du tuteur ne constitue pas, si paradoxal que cela puisse paraître, un devoir juridique envers le mineur, pas plus qu'il n'y a de devoir juridique envers les animaux d'après la loi Grammont ou envers un objet inanimé. Elle constitue pourtant un devoir juridique mais uniquement envers ceux qui sont chargés d'intervenir en cas où le tuteur n'obéirait pas aux impératifs juridiques s'adressant à lui et imposant les actes dont profitera le mineur. L'intérêt privé devant concorder avec l'intérêt public, cette conception peut être élargie : on pourrait, en effet, admettre que le devoir de tuteur correspond au droit de tous les autres centres sociaux et que par conséquent les volontés qui les dirigent sont dotées d'un droit à l'action accessoire au droit qui l'engendre. Cette action permettrait à tout particulier ayant appris la violation du devoir juridique de poursuivre devant

les tribunaux ceux qui en étaient tenus, même si l'affaire ne le concerne pas personnellement. C'est précisément la conception anglaise. Tout particulier qui apprend que le trustee ne fait pas son devoir a le droit de le citer en justice. A partir de 1853, ce droit appartient aussi aux autorités spéciales chargées de contrôle (1). C'est ainsi qu'il y a un nombre indéfini de sujets du droit auxquels correspond le devoir du trustee. Le seul être qui ne l'est pas, c'est précisément le mineur, et il ne l'est pas au même titre que le Maneken Pis de Bruxelles dont parle M. Michoud, ou le jardin de la rentière, dans l'exemple que nous avons donné. Si l'on se rappelle maintenant, que celui qui donne suite à l'idée de droit née dans son esprit, obéit lui-même à un impératif juridique, il en résulte qu'il y a une grande part de vérité dans la conception d'Auguste Comte : donc elle peut être admise à condition qu'on ne soit daltonien, suivant le mot de Binding, pour le droit subjectif dont l'existence est indiscutable.

VI

Nous avons dit que chaque relation juridique suppose une norme ou deux impératifs. D'où la

(1) Maitland, *loc. cit.*, p. 37.

première conséquence logique que tout droit est la relation entre deux sujets. Appliquée aux relations sociales et permanentes entre l'Etat et les particuliers, elle n'aboutit pas nécessairement à la conception de l'Etat-personne morale, bien qu'elle n'ait rien d'illogique, comme on a déjà vu. Mais on pourrait, théoriquement, séparer le centre social de la volonté qui le dirige et pour chaque rapport spécial admettre la volonté même qui le noue. Le particulier entrant en relations avec l'Etat, n'a affaire, en réalité, qu'aux différentes autorités. Or, la volonté qui dirige le centre étatique à un moment donné, pour un rapport déterminé, et dans les limites de leur compétence, est précisément la volonté de ces autorités. La doctrine ingénieuse que combattent les réalistes dit, comme nous l'avons vu, que les fonctionnaires sont les organes d'une personne abstraite, l'Etat, ne formulant que la volonté de celle-ci. On pourrait très bien admettre avec les réalistes qu'il n'y a pas ici d'autre volonté que celle des autorités respectives, à condition qu'on admette, ce qui est indispensable, que chaque relation suppose deux sujets et que le sujet dirigeant le centre étatique à un moment déterminé est juridiquement distinct des autres sujets éventuels que puisse comprendre la personne même de l'organe. « Nous sommes dix associés, dit M. Ber-

thélemy ; les partisans de la personnalité voient ici onze personnes ; savoir, nous dix, pris séparément, et la collectivité formée par notre association ! Voici donc dix individus qui forment onze personnes ! » Il nous est impossible de nous mettre d'accord avec le savant professeur. Il peut y avoir onze personnes *juridiques*, onze sujets de droit, pour la simple raison qu'il existe là un onzième centre social susceptible d'être dirigé par une volonté, et par conséquent, capable d'entrer en relations juridiques avec d'autres sujets de droit, même avec les dix sujets de droit qui le composent. C'est pour cette même raison que nous rejetons la conception d'Affolter, d'après laquelle l'Etat ne peut être traité comme sujet de droit dans ses rapports avec les particuliers, mais uniquement dans ces rapports avec d'autres Etats. Le centre social qu'est l'Etat est concevable comme une unité ; les relations dans lesquelles on le fait entrer peuvent être considérées comme voulues par une volonté abstraite qu'on suppose à l'Etat-personne morale ou, dans la conception vers laquelle nous penchons, par les autorités elles-mêmes ; mais en ce cas elles sont des sujets de droits distincts des autres sujets auxquels leurs personnes physiques pourraient servir de support. Dans les deux cas un juriste ne peut se passer d'abstractions. Nous avons vu

qu'une cumulation de sujets de droit en une seule personne physique est juridiquement concevable, ce qui est admis aussi par M. Roguin. L'abstraction est tellement indispensable qu'un des réalistes, Bornhak, l'admet expressément pour la personnalité juridique du roi. Les personnes physiques ne servent donc que de support aux personnes juridiques. Aussi dans un trustee se trouvent toujours réunies plusieurs personnalités juridiques.

VII

L'activité des personnes qui dirigent le centre social Etat, en obéissant comme tous les sujets aux impératifs juridiques, constitue en elle-même, nous l'avons déjà dit, un devoir. Même dans le cas où ces personnes s'imposent par la force, aussitôt que la lutte cesse, leur activité porte ce caractère. Cela est tellement vrai que Jellinek a pu citer Brehm, lequel a observé un phénomène curieux de la vie des singes : « Le plus fort, dit celui-ci, ou le plus âgé, c'est-à-dire le plus capable des membres mâles d'un troupeau, s'impose comme chef conduisant les autres. Cette dignité ne lui est pas conférée par le suffrage universel mais donnée (erteilt) après une lutte acharnée contre tous les autres prétendants, c'est-à-dire

contre tous les autres mâles âgés..... *Il veille fidèlement sur la sécurité de sa bande et est, par conséquent, en tourments perpétuels. Il regarde de tous côtés, est très méfiant, et, ainsi, il s'aperçoit toujours à temps du danger* » (1).

Etant sujet des devoirs, l'Etat est aussi sujet des droits. Nous avons dit qu'une relation juridique qui réunit deux centres sociaux peut se faire aussi sans le concours direct d'une des deux volontés qui les dirigent. Par le fait même qu'un nouveau centre social ait formé, il y a eu nécessairement le concours de volontés dirigeant les centres existants, comme nous l'avons déjà démontré. Mais les centres sociaux qui naissent après lui restent, la plupart du temps, volontairement ou involontairement dans les mêmes relations juridiques avec lui. Les personnes physiques ne servant que de support aux personnes juridiques, celles-ci durent après le décès d'une d'entre elles. « George, Henry, Edouard peut mourir, mais le roi survit à tous ». Ce qui est vrai pour le roi et l'Etat l'est aussi pour une foule de personnes juridiques et notamment pour celles qui se trouvent dans des relations permanentes les unes avec les autres. Tant que le centre social subsiste, il doit neces-

(1) Brehm, *Thierleben*, 3 éd., I, p. 47 ; citation prise dans Jellinek, *op. cit.*, p. 528.

sairement subsister un grand nombre de ses relations, parce qu'il ne vit que par elles. Or, chaque relation juridique suppose deux sujets de droits et devoirs. Donc, l'Etat est aussi un sujet de droits ne s'éteignant jamais, étant donné que les devoirs qui lui incombent sont permanents. Ces droits portent sur les actes déterminés par les impératifs juridiques que l'Etat adresse aux sujets de droits dont il est composé.

Si l'on se demande maintenant quel est le sujet de droit correspondant au devoir de l'Etat, il faut résoudre l'activité étatique en autant de relations particulières et pour chaque relation déterminer le sujet adressant l'impératif juridique à l'Etat. Prenons un exemple : Les droits dits politiques ne sont pas, d'après Laband, des droits, parce qu'ils manquent d'objet. Mais ces droits, comme Gierke l'a justement remarqué, n'en manquent pas du tout : en effet, ils portent sur un acte d'abstention des organes de l'Etat. C'est la conséquence logique de l'impératif juridique adressé à l'Etat. Au surplus, c'est ici que se confond le bénéficiaire du droit avec son sujet. Mais, sauf ces sujets directs, une action doit être donnée à tous les particuliers leur permettant de poursuivre devant les tribunaux compétents les fonctionnaires responsables d'une violation de la règle juridique.

VIII

Reste encore la question du droit objectif à résoudre. Nous avons vu que la véritable nature du droit est subjective. Le droit naît à propos d'une relation consistant en un échange et par conséquent peut se passer de l'Etat (exemple du sauvage de Stammler). Comment donc expliquer le droit objectif? Comment se fait-il qu'on fixe objectivement le contenu des droits subjectifs? Pour répondre à cette question il ne faut pas perdre de vue que le point de départ est toujours le droit subjectif résultant d'une relation sociale indispensable à la vie en commun. Le droit a vu le jour dans la première relation d'échange entre les hommes. Les deux impératifs auxquels obéissent le sauvage et le blanc de Stammler viennent à leur esprit en une forme identique chaque fois qu'ils échangent. C'est ainsi qu'à la longue une norme se constitue sous forme d'un usage établi. Cette norme est suivie par les autres. La raison qu'en donne Jellinek y est pour beaucoup : il est plus facile, en effet, d'imiter que de créer du nouveau. « Ajoutez à cela, dit aussi Dicey, que l'homme est un animal imitateur beaucoup plus qu'inventeur, et que l'invention ou l'originalité sont les plus

rares de toutes les qualités » (1). Mais quelle est la raison de cette imitation? Pourquoi d'autres que ceux qui l'ont créée, adoptent-ils une norme? C'est que d'autres, avant même de la suivre, peuvent se substituer, *in abstracto*, à ceux qui la respectent et par là même avoir l'idée d'un impératif à donner et à obéir. Ayant reconstitué de cette façon la même relation, les mêmes impératifs s'imposent nécessairement. D'où l'identité du droit objectif au subjectif. On pourrait même dire que le premier sauvage, sur le point d'échanger paisiblement avec le blanc et avant que l'opération se fût faite, a eu l'idée de la conduite indispensable à suivre pour entrer en relation désirée.

La possibilité de se substituer, *in abstracto*, à ceux qui serviraient de supports à une relation juridique et de ressentir soi-même le tort pouvant résulter d'une règle de droit objective est la seule raison pour laquelle le grand nombre d'impératifs juridiques est suivi volontairement. D'où l'opinion généralement admise que l'Etat est considéré la plupart du temps comme une institution raisonnable. « Quand les chefs monarchiques, dit Letourneau, revendiquèrent, pour eux, le droit de juger, ils

(1) Dicey, *op. cit.*, p. 412, 413.

élevèrent la prétention de ressentir eux-mêmes toutes les offenses, tous les torts faits aux particuliers⁽¹⁾». Qu'il nous soit permis de dire qu'il n'y a là rien d'étonnant. A notre avis, c'est à cette même possibilité, et à elle seule, que sont dus les résultats heureux de la jurisprudence du Conseil d'Etat français. Il n'y a pas de code, pas de règles fixes qui s'imposent à lui : pourtant ses décisions rencontrent une approbation générale. Il crée le droit et un droit beaucoup plus souple que celui qui est figé dans la loi. Quelques juristes se montrent bien méfiants à l'égard d'une telle pratique. « Cette jurisprudence, écrit M. Michoud, conduit en pratique à des résultats qui sont d'ordinaire satisfaisants. Pourtant il est si difficile de n'être point frappé du défaut capital qu'elle présente pour le jurisconsulte, l'absence d'un principe juridique directeur. En dehors de l'hypothèse restreinte pour laquelle on admet l'application des règles du droit privé, on en est réduit à admettre la responsabilité de l'Etat, non en vertu d'un texte, non en vertu d'une règle de droit, mais uniquement en vertu d'une idée générale de justice et d'équité que l'on ne précise pas, dont on n'indique point le fondement, dont les arrêts ne donnent même nulle part la for-

(1) Letourneau, *op. cit.*, p. 501.

mule et qui, par cela même, se prête commodément à toutes les solutions » (1). Et pourtant, c'est au fond sur l'équité que se base le législateur lui-même. Toutefois, le savant professeur n'est pas très affirmatif : « Sans doute, dit-il, il faut se garder d'entendre dans un sens trop strict la nécessité d'un texte comme base d'obligation juridique : outre que le droit coutumier a encore un domaine restreint qui lui est réservé par les lois elles-mêmes, il peut certainement résulter de l'ensemble des textes un principe qui n'y sera pas exprimé d'une manière formelle, qu'il appartiendra à l'interprète de dégager et qui aura la même valeur qu'une règle textuellement écrite dans la loi ». A notre avis, le principe à suivre est de dégager, non pas tant des lois écrites, mais du rapport en question qui engendre une situation juridique, des impératifs à obéir. Nous ne sommes pas d'avis que la jurisprudence administrative ne sanctionne un droit, mais accorde une faveur. Ce droit est né dans l'esprit de celui qui a subi un préjudice par la faute des agents publics et il finit par vaincre. Nous ne voyons pas non plus pourquoi cette jurisprudence serait condamnable. « Lorsqu'elle fait parfois fléchir son principe, dit M. Jaquelin, et

(1) Michoud, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, dans la *Revue de droit public*, 1895, p. 3.

que, relativement aux fautes de gestion des services publics, elle reconnaît la responsabilité de l'Etat, ce n'est pas qu'elle sanctionne le droit qu'a tout individu d'obtenir la réparation du préjudice illicite qu'il a subi, c'est seulement qu'elle lui accorde une faveur en vertu d'une idée très vague d'équité dont l'application est variable suivant la nature et les besoins du service. En se comportant de la sorte, la jurisprudence administrative nous rejette très loin en arrière et en pleine période d'absolutisme, car elle s'inspire de cette pensée d'un intendant de l'ancien régime, d'après lequel, tandis que « le juge ordinaire est soumis à des règles fixes qui l'obligent de réprimer un fait contraire à la loi, le conseil peut toujours déroger aux règles dans un but utile » (1) Nous n'y voyons pas d'inconvénient. Cela ne prouve qu'une chose : que, pendant même des périodes dites d'absolutisme, la justice n'était pas un vain mot.

IX

Si différentes que soient les opinions sur le droit engendré par une relation sociale, le législateur finit toujours par le reconnaître. A vrai dire,

(1) Jaquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, 1899, p. 279.

le parlement ne représente pas les électeurs comme individus, mais comme sujets de droits naissant des rapports sociaux dans lesquels ils entrent. Dans un certains sens, on pourrait même dire que les députés ne représentent pas les hommes, mais les relations sociales. C'est une conception qui, en politique, aboutit aujourd'hui à la représentation proportionnelle avec le vote plural. La conséquence logique en est la nécessité d'un compromis indispensable à la vie juridique d'un Etat. Une relation sociale par là-même qu'elle est nouée, subsiste et se répète, implique l'idée d'un compromis. L'obéissance des impératifs juridiques ne vient qu'à la suite d'un tel compromis. Le compromis c'est l'idée commune qui fixe le contenu des impératifs juridiques et par là même le contenu des droits subjectifs engendrés par les relations sociales. Les différentes théories, s'efforçant de déterminer d'avance ce contenu, dégagent une idée générale, qui, comme une sorte de compromis, peut servir de guide au législateur. Il se crée souvent, dans les pays de civilisation avancée, une opinion publique qui impose sa conception au législateur. Or, cette opinion n'est souvent qu'un vaste compromis. « Ceci est vrai, écrit Dicey, dans tous les pays, quelle que soit la forme de leur gouvernement ; mais nulle part cela n'est plus

manifeste qu'en Angleterre, où la législation votée par le Parlement porte constamment des traces du compromis entre les idées larges et les préjugés » (1).

Les gens d'aujourd'hui ont leurs préjugés tout comme le sauvage de Stammler. Mais ces préjugés sont aussi respectables que les idées « larges ». L'idée de compromis, qui se dégage de l'œuvre intéressante de Dicey, doit être mise à la base de toute législation moderne. C'est ainsi que le respect du droit est d'avance assuré par la reconnaissance de ceux-là mêmes auxquels il va être imposé. Le droit positif doit être compris comme un vaste compromis des forces nationales : l'avenir de la méthode purement juridique est à ce prix. L'arbitraire est écarté. La puissance absolue du vieux Léviathan n'apparaît plus comme un danger menaçant les droits des particuliers, mais comme un bien précieux dont l'animal social qu'est l'homme ne saurait se passer. « Qui dit compromis, écrit M. Deslandres, ne dit-il pas part faite à la justice, sacrifice de l'arbitraire, affranchissement des dominations tyranniques » (2). Mais il ne faut pas oublier que l'idée de compromis se trouve à la base de chaque relation sociale. Il a été de tous

(1) Dicey, *op. cit.*, p. 9, 10.

(2) Deslandres, *op. cit.*, p. 28.

les temps le meilleur moyen de conjurer les conflits et de faire régner la paix. C'est sur ce compromis qu'en définitive repose tout le droit, comme l'a si bien dit M. Dicey. C'est non seulement vrai pour le droit anglais, mais aussi pour le droit en général. Réaliser ces compromis dans toutes les relations sociales, c'est déterminer à un moment donné et pour un temps non illimité l'équivalent relatif dont nous avons parlé.

L'étude qui vient d'être terminée n'est ni si ordonnée, ni si approfondie que celle de M. Géný sur les *Procédés d'élaboration du droit civil*. Elle a aussi des lacunes qu'on aurait peut-être pu éviter. Nous nous rendons compte de l'ironie qu'il y a de rappeler, en terminant cette étude, les paroles dont le savant professeur de Lyon termine la sienne. Mais elles sont tellement vraies et si profondes que nous nous faisons un devoir de les citer en comptant d'avance sur l'indulgence de M. Géný. « Il faut, en effet, dit-il, se garder d'oublier que, par quelque voie que nous cherchions à l'atteindre, notre but suprême reste toujours la justice, idéal mystérieux et sublime, parfois décourageant dans son immensité, mais toujours plus attirant par sa beauté incorruptible, qui seule mérite notre effort et donne un sens à nos recherches acharnées. Et, c'est parce que, ayant une foi profonde en l'ordre

providentiel du monde, je reste convaincu que l'Auteur de toute justice n'a pu la faire inaccessible, que je vous ai proposé de tâcher de la réaliser par des moyens mesurés, aussi exactement que possible, à la puissance de nos facultés de connaître et d'agir. »

Vu :

Le doyen,

P. CAUWÈS.

Vu :

Le Président,

A. PILLET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Vice-Recteur :

L'Inspecteur d'Académie,

ALBERT CAHEN.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

La méthode juridique de l'école allemande. — Sa critique. — Sa signification pour la conception moderne de l'Etat. Pages 1 à 19

CHAPITRE PREMIER

L'État et la puissance publique.

La notion de puissance publique. Bodin-Laband. — L'incompatibilité entre l'idée de souveraineté et l'idée de droit. — Le *fait* et la notion juridique. — Théories réalistes. Max de Seydel et Conrad Bornhak. — Théories réalistes (suite). Gumpowicz et Duguit. Bunge. — Une conception socialiste. Menger. — La réfutation des conceptions réalistes. — Le problème de la contrainte Pages 20 à 83

CHAPITRE II

La conception juridique de l'Etat.

La domination de l'Etat comme notion juridique. — La conception de la notion juridique dans la théorie régnante de l'école allemande et ses racines philosophiques. — Les conceptions juridiques de l'Etat. Jellinek. — Système anglais. — L'Etat-personne morale. — La notion d'unité de l'Etat. Pages 84 à 124

CHAPITRE III

L'Etat de droit (Rechtsstaat).

Conception de Laband. — Exagérations de la méthode purement juridique ; théorie de l'énumération ; conception de la juridic-

tion administrative et des droits individuels. — Duguit, Stammer. — L'idée d'autolimitation Pages 125 à 232

CHAPITRE IV

Du fondement du Droit.

Considérations générales sur le fondement du droit. La pensée allemande, française et anglaise. — Essai de réconciliation. Les relations sociales et l'idée de droit. — Le centre social comme support de la personnalité juridique. — La subjectivité du droit. — La notion de devoir. — L'idée de compromis réel et supposé Pages 233 à 280

